# Die Uebernahme des Unternehmens einer offenen Handelsgesellschaft im Falle des § 142 H.G.B.

## Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster i. W.

Vorgelegt von

Rechtsanwalt Emil August Pels Leusden

aus Lüdenscheid i. W.

---

1934

Name des Dekans: Herr Prof. Dr. Neuwien

Referent: Herr Prof. Dr. Naendrup

Korreferent: Herr Prof. Dr. His.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547224_0201

# Inhaltsverzeichnis.

I. Allgemeiner Teil. Geschichtliche Entwicklung. Das Wesen des § 142 H.G.B.

II. Besonderer Teil.

1. Die Rechtsnatur des auf Grund von § 142 H.G.B. ergehenden Urteils.

2. Die rechtliche Natur des Ueberganges des Unternehmens.

3. Die Auseinandersetzung zwischen den früheren Gesellschaftern.
   a) Der für die Auseinandersetzung maßgebende Wert.
   b) Der maßgebende Zeitpunkt.
   c) Die Fälligkeit des Auseinandersetzungsguthabens.

4. Die Zulässigkeit der Konkurrenz des Ausgeschiedenen.

5. Der Ersatz des dem Uebernehmenden entstandenen Schadens.

6. Das Verhältnis der Auflösungs- zur Uebernahmeklage.

# Literaturverzeichnis.


Alexander-Katz, Die Erhaltung der kaufmännisch-industriellen Unternehmung einer offenen Handelsgesellschaft. Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht. 70, 80 ff.

Brand, Das Handelsgesetzbuch, 1911.

Baum, Wettbewerbsverbot, 1914.

Baumbach, Zivilprozeßordnung, 5. Auflage 1929.

Breit, Die gerichtliche Auflösung der offenen Handelsgesellschaft und die gerichtliche Ausschließung von Gesellschaftern aus der offenen Handelsgesellschaft. Juristische Rundschau, 26, 761 ff.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 10. u. 11. Aufl., 1923.

Domke, Die Veräußerung der Handelsgeschäfte, 1922.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Band IV, 2. Auflage 1914, 1917.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 4. Auflage 1887.

Flechtheim, Die rechtliche Organisation der Kartelle, 2. Auflage, 1923.

Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts, 8. Auflage, 1909.

Gierke, v., Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895, Bd. II, 1905.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, Band I, 1905.

Goldschmidt, Das Handelsgesetzbuch, 1929.

Güthe-Triebel, Grundbuchordnung, 5. Auflage, 1929.

Hueck, Unkörperliche Geschäftswerte, 1913.

Isay, Das Recht am Unternehmen, 1910.

Könige, Das Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, 1929.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Auflage, 1910.

Lehmann-Höniger, Das Handelsgesetzbuch, I. Halbband, 3. Auflage, 1921.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch, I. Halbband, 2. Auflage, 1914.

Makower, Handelsgesetzbuch, Band I, 13. Auflage, 1906.

Markus, Der Rechtscharakter der Uebernahme des Geschäfts im Falle des § 142 Abs. 1 H.G.B. Holdtheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, XV. Jahrg. 1906 Seite 317 ff.

Materialien zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Hahn, Mugdan, Band VI, 1897.

Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. Auflage, 1927.

Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, 4. Auflage, 1909.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage 1929.

von Ohmeier, Das Unternehmen als Rechtsobjekt, 1906.

Oppikofer, Das Unternehmensrecht, 1927.

Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, 1907.

Pisko, Das kaufmännische Unternehmen; in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrecht II, 1914, Seite 195 ff.

Protokolle der (Nürnberger) Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Bd. I, 1857.

Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1932.

Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Auflage, 1929.

Rosenstock, Vom Industrierecht (Festgabe für Xaver Gretener) 1926.

Rosenstock, Lebensarbeit in der Industrie, Berlin 1926.

Schmoller, Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre, Band I, 7.—10. Auflage, 1908.

Schönfeld, Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts, in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben" 1929, S. 190 ff.

Schreiber, Grundgedanken zum System eines künftigen Handelsrechts, in „Bericht über die erste Tagung der Vereinigung der Handelsrechtslehrer deutscher Hochschulen" 1928, S. 41 ff.

Schreuer, Deutsches Privatrecht, 1921.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Halbband, 6. u. 7. Auflage, 1900.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Halbband, 9. Auflage 1912/13; Band I, 12. u. 13. Auflage 1927.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 3. Teil, 9. Auflage 1929.

Stegemann, Die Vererbung eines Handelsgeschäfts, 1903.

Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, 14. Auflage, 1928/29.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, I. Band, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Auflage, 1906.

Wieland, Handelsrecht, I. Band, Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, 1921.

Windtscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 9. Auflage, 1906.

# Die Uebernahme des Unternehmens einer offenen Handelsgesellschaft im Falle des § 142 H. G. B.

# I. Allgemeiner Teil.

Die Vorschrift des § 142 H.G.B. gibt einem Gesellschafter einer nur aus zwei Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaft die Handhabe, unter gewissen Voraussetzungen das mit dem anderen Gesellschafter betriebene Handelsgeschäft zu übernehmen. § 142 Abs. 1 H.G.B. bestimmt:

> Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Gemäß §§ 142 Abs. 1, 140, 133 H.G.B. kann hiernach wegen eines in der Person des Mitgesellschafters liegenden wichtigen Grundes sein Ausscheiden aus der Gesellschaft und die Uebernahme des Unternehmens durch den anderen Gesellschafter verlangt werden.

Das Gesetz spricht von der Uebernahme eines „Geschäfts mit Aktiven und Passiven". Darunter wird nach allgemeinem Sprachgebrauch ein „Unternehmen" verstanden.[1]) Das Unternehmen als solches zu erhalten, ist der Zweck des § 142 H.G.B., da § 142 H.G.B. die Auflösung eines unhaltbaren Gesellschaftsverhältnisses ermöglicht ohne Zerschlagung des Unternehmens selbst.[2]) [3])

Erst in neuerer Zeit ist der Begriff „Unternehmen" Gegenstand wissenschaftlicher Abhandlungen[4]) und gesetzlicher Regelung geworden.[5]) [6])

---

[1]) Pisko, in Ehrenbergs Handbuch II, S. 195.

[2]) Vgl. Domke, S. 5, Anm. 8.

[3]) Es ist zu beachten, daß nicht die mehrgliedrige offene Handelsgesellschaft die Regel bildet, wie es nach der Art der gesetzlichen Regel den Anschein haben kann; die O. H. G. besteht vielmehr meist aus 2 Personen (Düringer — Hachenburg, 3. Auflage, § 142 Anm. 1).

[4]) Es sind vor allem zu nennen: Schreiber, Grundgedanken zum System eines künftigen Handelsrechts, 1928 S. 51 ff.; Domke, Die Veräußerung von Handelsgeschäften, 1922; Oppikofer, das Unternehmensrecht, 1927; Hueck, Unkörperliche Geschäftswerte, 1913; Isay, Das Recht am Unternehmen 1910; Rosenstock, Vom Industrierecht 1926, S. 17 ff.; derselbe, Lebensarbeit in der Industrie 1926; Schönfeld, Rechtsperson und Rechtsgut im Licht des Reichsgerichts 1929, S. 262 ff. Eingehende Abhandlungen über den Organismus des Unternehmens haben ferner veröffentlicht: Pisko, das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs 1907; derselbe, „Das kaufmännische Unternehmen" in Ehrenbergs Handbuch, Band 2, S. 195 ff. 1914; v. Ohmeier, Das Unternehmen als Rechtsobjekt 1906; Müller-Erzbach, Lehrbuch S. 70 ff. ferner in ZfH. 61 S. 357 ff., 64 S. 530 ff.; Wieland S. 239 ff.

[5]) Vgl. Oppikofer S. 1 ff., Isay S. 4.

[6]) Die Tatsache, daß Unternehmungen als solche erst verhältsmäßig spät in der Gesetzgebung und in der Rechtslehre Anerkennung fanden, erklärt sich auch dadurch, daß das vom römischen Recht beeinflußte neuere deutsche Recht dem Begriff eines Komplexes, wie dem des Unternehmens, ablehnend gegenüberstand. Der Römer in seiner scharfen, logischen Beurteilung der Rechtsverhältnisse wurde den im Wirtschaftsleben sich zeigenden organischen Gebilden, die sich ihrer Natur nach rein logisch nicht erklären ließen, (vgl. Rosenstock, Vom Industrierecht S. 47) nicht genügend gerecht. (v. Giercke II § 104, S. 50; Oppikofer S. 46, 47). Im germanischen Recht wurden dagegen seit altersher wirtschaftliche Einheiten nicht wie im römischen Recht als Summe der einzelnen diese wirtschaftliche Einheit bildenden Gegenstände aufgefaßt, sondern als eine von dieser Summe verschiedene höhere organische Einheit betrachtet und daher selbständlicher rechtlicher Regelung unterworfen (vgl. Schreuer S. 103; Oppikofer S. 47; v. Giercke § 104 S. 56 ff.) Von dem römischen Recht beeinflußt hatte das spätere deutsche Recht die Neigung, weniger die Einheit als die einzelnen Bestandteile zu sehen und hat das Unternehmen als Einheit nur in geringem Umfange gesetzlicher Regelung unterworfen.

Die Untersuchung des Begriffs „Unternehmen" zeigt, in welch außerordentlichem Maße das Unternehmen als solches von der Summe der dem Unternehmen zugehörenden Gegenstände verschieden ist.[1]) Das zeigt sich vor allem bei der Betrachtung des wirtschaftlichen Wertes des Unternehmens und seiner Teile. Der Wert des Unternehmens wird in keiner Weise ausgedrückt durch den Wert der einzelnen dazugehörigen Grundstücke, Gebäude und sonstigen körperlichen Gegenstände. Das Unternehmen ist vielmehr eine übergeordnete Einheit. Gerade die lebende Organisation ist der entscheidende Wesenszug des Unternehmens.[2]) Der Wert eines Unternehmens hängt in ganz außerordentlichem Maße ab von der mehr oder minder zweckentsprechenden Organisation des kaufmännischen und technischen Betriebes, von den Beziehungen zu der Kundschaft, von der Güte des dem Unternehmen zur Verfügung stehenden Arbeiter- und Angestelltenpersonals, von etwa bestehenden Preiskonventionen, Beteiligungsverhältnissen,[3]) von Betriebsgeheimnissen und Erfindungen. Von besonderer Bedeutung für die Bewertung eines Unternehmens ist die Kundschaft. Die durch feste Geschäftsbeziehungen und den Ruf des Unternehmens erlangten Aufträge sichern die Verzinsung des in dem Unternehmen arbeitenden Kapitals und lassen einen darüber hinausgehenden Gewinn zu. Die Kundschaft stellt einen Vermögenswert dar, der sich in dem mehr oder weniger gesicherten Absatz zeigt, und der bei der Veräußerung des Geschäfts erfahrungsgemäß bei der Bemessung des Kaufpreises auch ziffernmäßig entscheidend mitwirkt.[4]) Häufig ist diese gesicherte Absatzmöglichkeit allein Gegenstand eines Kaufes, z. B. bei dem Kauf der Quote eines an einem Syndikat beteiligten Werkes, aber auch in anderen Fällen.[5])

Folgende Geschäftsbestandteile müssen danach unterschieden werden:

a) Körperliche Gegenstände, und zwar Grundstücke, Gebäude, die Einrichtung, insbesondere Maschinen, ferner Warenvorräte und dergleichen.

b) Forderungen und Verpflichtungen, insbesondere Bankguthaben, Kaufpreisforderungen, Hypotheken, Lieferantenschulden.

c) Eine Gruppe von Werten, die unter a) und b) nicht enthalten sind, insbesondere die Beziehungen zur Kundschaft, der auf dem Ansehen des Unternehmens beruhende Wert der Firma, der in der Organisation des Unternehmens als solcher ruhende Wert, die Geschäftsgeheimnisse und die sonstigen oben ge-

---

[1]) vgl. Müller-Erzbach, S. 71.

[2]) Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, S. 77; v. Ohmeier, S 29 ff., Isay S. 23 ff., OLG. Dresden LZ. 1910, S. 233.

„Zwei bis fünf Personen zu gemeinsamen Leben zu verbinden, ist immer schon nicht ganz leicht gewesen, wo nicht besonders sympathische Bande, Unterordnungs- und Treuverhältnisse oder derartiges sie verknüpfte; aber 10, 100, 1000 so zu verbinden, daß sie ohne zu viel Reibung und Konflikte zusammenarbeiten, sich aneinander anpassen, gemeinschaftliche Zwecke harmonisch verfolgen, hat bei allen Kennern des Lebens und der menschlichen Seele stets als soziales Kunstwerk gegolten." Schmoller S. 508, vgl. ferner Schmoller S. 494 ff.

[3]) Hier kommen insbesondere in Frage Beteiligungen an Syndikaten und Kartellen, deren Wert sich in der Höhe der Beteiligungsziffer ausdrückt, vgl. Flechtheim S. 120.

[4]) RG Str. Bd. 6, S. 76.

[5]) vgl. Domke, S. 43.

nannten nicht unter a) und b) aufgeführten Verhältnisse und Beziehungen.[1])

Die das Unternehmen kennzeichnenden unter c) genannten Werte sind bei allen Unternehmungen von der Person des jeweiligen Leiters meist weitgehend unabhängig.[2]) Das zeigt die Existenz der Aktiengesellschaften, deren Wirken überhaupt keine notwendige zeitliche Grenze gesetzt ist, das zeigt die Tatsache, daß Handelsgeschäfte z. B. jahrhundertelang im Besitze einer Familie sind, das Unternehmen also die Folge der Geschlechter überdauert hat und überdauert, das zeigt sich darin, daß Unternehmungen als solche in immer größerem Maßstabe Handelsobjekte werden, aus der Hand der Kapitalarmen in die der Kapitalstarken übergehen, anderen Unternehmungen angegliedert werden usw.[3]) [4])

Mit der Liquidation eines Unternehmens ist ein erheblicher Verlust wirtschaftlicher Werte verbunden, da im Falle der Liquidation die unkörperlichen Geschäftswerte regelmäßig verloren gehen.[5]) Aber noch eine weitere erhebliche Wertverminderung hat die Zerschlagung der Unternehmungen, insbesondere der industriellen Unternehmungen zur Folge. Zahlreiche zum Betriebe dieses Unternehmens hergestellte Maschinen und Vorrichtungen, die im laufenden Betriebe unentbehrlich sind, müssen bei einer Zerschlagung des Unternehmens als Schrott verkauft werden, die für diesen Betrieb erforderlichen Baulichkeiten sind für andere Unternehmungen oft ganz oder teilweise wertlos und müssen abgerissen werden. Eine derartige Wertverminderung widerspricht dem Interesse der zunächst Beteiligten, der Inhaber. Auch die Interessen der Gläubiger lassen die Erhaltung der Unternehmen als notwendig erscheinen, da Zinsendienst und Rückzahlung meist nur bei fortlaufendem Betrieb des Unternehmens gewährleistet werden. Die Erhaltung des Unternehmens liegt schließlich gleichermaßen im Interesse der Volkswirtschaft, da die in einem Unternehmen steckenden unkörperlichen Geschäftswerte und erhebliche Teile der Sachwerte im Falle der Liquidation größtenteils vernichtet werden, ohne etwa Konkurrenten zugute zu kommen.

Mit der Einführung des § 142 H.G.B. verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, eine derartige Vernichtung von Werten zu verhindern und dem vertragstreuen [6]) Teil das Unternehmen zu erhalten.

---

[1]) vgl. Hueck S. 17; Oppikofer S. 12.

[2]) vgl. Endemann S. 55; Oppikofer S. 6.

[3]) Im Gegensatz dazu ist die Praxis der Rechtsanwälte, der Aerzte ausschließlich an die Person gebunden und geht mit ihr unter. Vgl. Oppikofer S. 12 Anm. 1.

[4]) Die herrschende Meinung sieht in der Organisation des Unternehmens mit Recht ein selbständiges Rechtsgut, ein immaterielles Güterrecht eigener Art (so Oppikofer S. 6, S. 136, S. 145 unter III; Domke S. 12; Isay S. 27; Müller-Erzbach; ZfH. Bd. 64 S. 536 ff.) Das Reichsgericht spricht geradezu von dem Geschäftsunternehmen als einem immateriellen Rechtsgut, mit seinen Beziehungen zur Kundschaft, seiner Firma, gewerblichen Schutzrechten, Inventar, Warenlager usw. als Bestandteil des Unternehmens (RG 28, 291); A. A. Schönfeld S. 263. Streit herrscht darüber, wie weit das deutsche Recht einen Zugriff der Gläubiger auf dieses Recht zuläßt. Vgl. dazu die ausgezeichneten Ausführungen Oppikofers S. 136—148.

[5]) Vgl. Domke Anm. 5.

[6]) Der Ausdruck ist nicht in allen Fällen zutreffend, da ein wichtiger Grund im Sinne von § 133 HGB. nicht notwendig in einem Verschulden des Gesellschafters begründet sein muß (RG. 24. 138; Düringer-Hachenburg § 140 II, 2). In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ist jedoch Verschulden eines Gesellschafters Ursache der Klage aus § 142 HGB.

Werfen wir zunächst einen Blick auf die geschichtliche Entwicklung der Vorschrift des § 142 H.G.B.

Eine Veränderung im Personenstand der Gesellschaft führte nach römischem Recht zu einer Auflösung der alten Gesellschaft; die alte Gesellschaft wurde aufgelöst; wurde sie weiter geführt, so galt sie als neu gegründet.[1]) Dies beruhte auf der formalistischen Einstellung des römischen Rechts bei der rechtlichen Behandlung von Sachgesamtheiten.[2]) Das römische Recht erkannte nicht, daß der in dem Unternehmen verkörperte Organismus ein Eigenleben führt im Verhältnis zum jeweiligen Inhaber. Auch heute noch führt zwar grundsätzlich das Ausscheiden eines Mitgliedes einer offenen Handelsgesellschaft zur Auflösung der Gesellschaft, das Gesetz hat aber den Beitritt zu einer bestehenden offenen Handelsgesellschaft zugelassen, ohne daß dadurch die Identität der alten Gesellschaft beeinträchtigt wird, und in den §§ 138 ff. H.G.B. hat es die Möglichkeit gegeben zum Ausscheiden von Gesellschaftern, gleichfalls ohne Beeinträchtigung der Identität der Gesellschaft.

Das Ausscheiden eines Gesellschafters war bei einer mehrgliedrigen offenen Handelsgesellschaft in dieser Weise schon im alten deutschen Handelsgesetzbuch Art. 127 ff. geregelt. Eine dem § 142 H.G.B. entsprechende Bestimmung kannte das alte Handelsgesetzbuch noch nicht. Es war zwar bei Beratung des alten Handelsbuches s. Zt. beantragt worden, die Möglichkeit des Fortbestandes eines Unternehmens bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer mehrgliedrigen offenen Handelsgesellschaft auch bei einer zweigliedrigen O.H.G. zuzulassen. Für den Fall einer mehrgliedrigen offenen Handelsgesellschaft besitmmte § 128 a. H.G.B., daß, wenn die Auflösung der Gesellschaft aus Gründen gefordert werden dürfe, die in der Person eines Gesellschafters lägen, anstatt derselben auf Ausschließung dieses Gesellschafters erkannt werden könne, falls die sämtlichen übrigen Gesellschafter diese beantragen. Es wurde damals schon geltend gemacht,[3]) daß es sich bei dem Artikel 128 a. H.G.B. weniger handele um die Fortdauer der Gesellschaft als solcher, als vielmehr um die Fortdauer des von der Gesellschaft bisher betriebenen Geschäfts, um die Fortdauer ihrer Firma, ihres Etablissements mit seiner ganzen Unterlage, mit Aktiven und Passiven. Es sollte also den nicht ausscheidenden Mitgliedern ermöglicht werden, im Besitz des bisherigen Unternehmens zu verbleiben. Es bestehe ein unabweisliches Bedürfnis dafür, daß dies geschehen könne, sowohl dann, wenn nach dem Ausscheiden des Gesellschafters nur ein Gesellschafter, als auch dann, wenn mehrere Gesellschafter übrig blieben. Würde diesen Bedürfnissen nicht Rechnung getragen, so würde jedesmal bei Ausscheiden eines der Gesellschafter, wenn ihrer nur zwei gewesen seien, die Auflösung des vielleicht sehr wertvollen Unternehmens, oder der Verkauf des Geschäfts, der Verkauf großer Fabrikunternehmungen u.s.w. erfolgen,

1) Windscheid Pandekten § 408, 2.
2) Vgl. Schreuer S. 102 ff.
3) Protokolle a. HGB. 1857 zu Art. 128 Bd. 1 S. 249.

was den Interessen aller Beteiligten zuwider laufe. Dieser Antrag wurde mit 12 zu 4 Stimmen angenommen, nachher aber aus nicht klar erkennbaren Gründen fallen gelassen.[1]) Es bestand sonach im a. H.G.B. lediglich eine der Vorschrift des § 140 H.G.B. entsprechende Bestimmung. Ein Streit darüber, ob Artikel 128 a. H.G.B. bei einer zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft analog Anwendung zu finden habe, wurde überwiegend im verneinenden Sinne entschieden. Bei der Beratung des neuen Handelsgesetzbuches wurde diese Lücke ausgefüllt durch Einfügung des § 142.[2])

Meines Erachtens hätte eine analoge Anwendung des Art. 128 a. H.G.B. Platz greifen müssen.[3]) Sicherlich wurde bei der zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft durch das Ausscheiden eines Gesellschafters damit die Gemeinschaft aufgelöst, während Art. 128 a. H.G.B. — der jetzige § 140 H.G.B. — seinem Wortlaut nach davon ausging, daß nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters eine Gesellschaft bestehen blieb. Das war aber ohne Bedeutung. Die Bestimmung des Art. 128 a. H.G.B. sollte die nutzlose Zerschlagung des Unternehmens dadurch verhindern, daß das Unternehmen den vertragstreuen Gesellschaftern erhalten wurde. Es mußte hierbei gleichgültig sein, ob die offene Handelsgesellschaft aus fünf, vier, drei oder zwei Gesellschaftern bestand. Der gegen die analoge Anwendung geltend gemachte Haupteinwand, es handele sich bei der Vorschrift des Art. 128 a. H.G.B. um eine Ausnahmeregelung, die nicht auslegend interpretiert werden dürfe,[4]) war nicht stichhaltig. In seiner Allgemeinheit ist der Satz, daß eine Ausnahmeregelung ausgedehnte Interpretation nicht zuläßt, nicht richtig. Auf innerlich gleiche, auf dem gleichen Rechtsgebiet liegende Fälle sind auch Ausnahmeregelungen in vollem Umfange analog anzuwenden, wenn nicht, was hier ausscheidet, eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes entgegensteht. Die analoge Anwendung war sonach geboten.

Durch Einführung der neuen Vorschrift (§ 142 H.G.B.) wurde die aufgeworfene Streitfrage ausgesprochenermaßen in dem Sinne entschieden, daß das Unternehmen der zweigliedrigen O.H.G. im Falle des Ausscheidens eines der bisherigen Gesellschafter vor zweckloser Zerschlagung in gleichem Maße geschützt werden sollte, wie das Unternehmen einer mehrgliedrigen O.H.G.

Man hätte denken sollen, daß nach dieser Stellungnahme des Gesetzgebers eine verschiedene rechtliche Behandlung von zweigliedrigen O.H.G. auf der einen Seite, mehrgliedrigen O.H.G. auf der anderen Seite in dieser Hinsicht nunmehr unterblieben wäre. Wir werden jedoch sehen, daß sich gewichtige Stimmen in wesentlichen Fragen für eine weitere verschiedene rechtliche Behandlung

---

1) Prot. der Nürnb. Komm. Bd. III, S. 1009 ff.
2) Prot. HGB. 1897, §§ 138, 140, S. 273.
3) Vgl. Prot. der Nürnb. Komm. Bd. III S. 1010. Ein Mitglied der Kommission erklärte: Man könne behaupten, Art. 126 (der jetzige § 142 HGB.) verstehe sich von selbst. Da aber die analoge Anwendbarkeit der Art. 121 bis 125 (des Entwurfes) wenigstens in ihrer Unbedingtheit vielleicht nicht allgemein anerkannt werden würde, so sei, wenn der Artikel gestrichen werde, eine große Rechtsunsicherheit zu befürchten.
4) RG. 7, 124.

dieser beiden Gruppen von O.H.G. einsetzen. Darauf wird in folgendem näher eingegangen werden.

Die Rechtslage zwischen den Beteiligten, die sich bei Anwendung des § 142 H.G.B. ergibt, ist noch außerordentlich ungeklärt. Das hängt damit zusammen, daß § 142 H.G.B. eine Sonderregelung enthält. Es beruht ferner darauf, daß zu wichtigen Fragen, z. B. zu der Frage der etwaigen Konkurrenzbeschränkung des Ausgeschiedenen, die höheren Gerichte noch keine Stellung genommen haben. Zunächst hat das seinen Grund darin, daß die Durchführung der Uebernahmeklage gemäß § 142 H.G.B. oft wirtschaftlich unmöglich ist, denn der ausschließungsberechtigte Gesellschafter muß im Falle der Uebernahme des Unternehmens im Regelfalle die Hälfte des Kapitals zur Auskehrung bringen. Das zieht wiederum nach sich, daß infolge dieser ungeklärten Fragen das Risiko, den Prozeß gemäß § 142 H.G.B. zur Durchführung zu bringen, verhältnismäßig groß ist, und in der Mehrzahl der Fälle die Parteien auf den Weg des Vergleichs gedrängt werden.

Bei der Lösung dieser Fragen werden wir uns vor Augen halten müssen, daß es der Zweck der Einfügung des § 142 H.G.B. war, den gesetzgeberischen Inhalt des § 140 H.G.B. auf den Fall der zweigliedrigen O.H.G. zu übertragen und das Unternehmen in der Hand des vertragstreuen Teils zu erhalten.

---

# II. Besonderer Teil.

## 1. Die Rechtsnatur des auf Grund von § 142 H.G.B. ergehenden Urteils.

Liegen bei einem Gesellschafter die Voraussetzungen des § 133 H.G.B. — ein wichtiger Grund zur Lösung des Gesellschaftsverhältnisses mit diesem Gesellschafter — vor, so muß der vertragstreue Gesellschafter, wenn er eine Lösung des Vertragsverhältnisses erzwingen will, gegen den anderen Gesellschafter die Auflösungsklage gemäß § 133 oder die Ausschließungsklage gemäß § 140 H.G.B., oder bei der zweigliedrigen O.H.G. die Uebernahmeklage (§ 142 H.G.B.) anstrengen. In diesem Falle ist dem vertragstreuen Teil also weder das Recht der fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses, noch etwa ein Rücktrittsrecht gegeben. Die Entscheidung auf Grund dieser Klage ergeht durch Urteil. Das ist zwar nicht ausdrücklich gesagt. Die Tätigkeit des Richters bewegt sich hier jedoch auf dem Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit, sodaß der Richter auf Grund normalen Prozeßverfahrens durch Urteil entscheidet. Das ist unbestritten.[1]) Es ist für die Fälle der Auflösungsklage (§ 133 H.G.B.) und der Ausschließungsklage (§ 140) unstreitig, daß es sich bei dem auf Grund dieser Vorschriften ergehenden Urteil um ein Gestaltungsurteil handelt. Das ergibt sich ohne weiteres aus der Fassung dieser beiden Vorschriften. In § 133 heißt es, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes könne „die Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden". Nach § 140 H.G.B. kann durch das Gericht „die Ausschließung des Gesellschafters aus der Gesellschaft ausgesprochen werden". Dieser Wortlaut macht es in beiden Fällen offenbar, daß das auf Grund dieser Vorschriften ergehende Urteil gestaltender Natur ist. Die Wirkung des Urteils ist somit einem Scheidungsurteil (§ 1564 Satz 2 B.G.B.) ähnlich. Mit der Rechtskraft des Urteils ist die durch die Klage erstrebte Rechtswirkung vollzogen. Die Gesellschaft ist aufgelöst oder der Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen.

In § 142 H.G.B. heißt es nun, der das Ausscheiden Fordernde könne bei Vorliegen eines wichtigen Grundes „auf seinen Antrag vom Gericht für befugt erklärt werden, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen". Der Antrag wird durch Erhebung der Klage gestellt. Die Entscheidung ergeht durch Urteil. Der Wortlaut des § 142 Abs. 1 H.G.B. deutet darauf hin, daß im Falle des § 142 H.G.B. das Urteil dem vertragstreuen Teil lediglich die Berechtigung gibt, das Geschäft zu übernehmen, und daß erst durch eine entsprechende Uebernahmeerklärung dieses Gesellschafters die Uebernahme des Unternehmens erfolgt. Diese Ansicht vertreten

1) Staub-Pinner § 142 Anm. 2, § 140 Anm. 1 und 6.

Lehmann-Ring [1]): „Stets ..... kann das Urteil dem Kläger nur das Recht zur Uebernahme geben. Eine Verpflichtung zur Uebernahme kann das Urteil nicht aussprechen. Will der Kläger von dem Recht nicht Gebrauch machen, so bleibt es bei den gewöhnlichen Folgen der Auflösung." In Uebereinstimmung mit der überwiegend herrschenden Meinung kann dem nicht beigetreten werden.[2]) Das auf Grund von § 142 H.G.B. ergehende Urteil ist vielmehr ebenfalls ein Gestaltungsurteil.

Durch § 142 H.G.B. sollte der gesetzgeberische Inhalt des § 140 H.G.B. auf die zweigliedrige O.H.G. übertragen werden. Um die vorliegende Frage zu klären, mag daher zunächst beleuchtet werden, was dem Gesetzgeber im Falle des § 140 H.G.B. zu der von ihm getroffenen Regelung bestimmte.

Zum Verständnis der Vorschrift des § 140, die bestimmt, daß die Ausschließung eines Gesellschafters durch das Gericht ausgesprochen wird, ist ein Vergleich mit der Vorschrift des § 737 B.G.B., die den Ausschluß eines Gesellschafters aus der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft regelt, zweckmäßig. Gemäß § 737 B.G.B. kann ein Gesellschafter, wenn in seiner Person ein wichtiger Grund zur Kündigung der Gesellschaft gegeben ist, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Die Ausschließung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Auszuschließenden selbst. Der Unterschied ist sonach gegenüber § 140 H.G.B. der, daß im Falle des § 737 B.G.B. durch die Erklärung der Gesellschafter bereits der Ausschluß des schuldigen Gesellschafters vollzogen ist, und daß im gleichen Zeitpunkt die Wirkungen des Ausschlusses, die in §§ 738 ff. B.G.B. geregelt sind, eintreten. Einem die Berechtigung des Ausschlusses prüfenden Urteil, das das Vorliegen eines den Ausschluß rechtfertigenden wichtigen Grundes annimmt, kommt somit nur deklaratorische Bedeutung zu. Anders im Falle des § 140 H.G.B. § 140 Abs. 1 bestimmt, daß die Ausschließung durch das Gericht ausgesprochen wird. Der auszuschließende Gesellschafter bleibt bis zur Rechtskraft des die Ausschließung aussprechenden Urteils Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten, soweit ihm nicht durch einstweilige Verfügung die Geschäftsführung genommen ist oder durch eine einstweilige Verfügung sonstige seine Rechte und Pflichten einschränkende Maßnahmen getroffen sind.

Diese Regelung hat ihren Grund darin, daß mit Rücksicht auf das grundsätzlich jedem Gesellschafter zustehende Vertretungs- und Geschäftsführungsrecht (§§ 114, 125 H.G.B.) für Mitgesellschafter und Gläubiger der Gesellschaft ein während der Dauer des Prozesses bestehender Schwebezustand betreffs dieser Rechte des auszuschließenden Gesellschafters unerträglich wäre. Mit Recht sagt das Reichsgericht [3]): „Die Einrichtung des konstitutiven Urteils bildet eine Eigentümlichkeit der offenen Handelsgesellschaft. Sie hängt

---

1) Lehmann-Ring § 142 Anm. 2, ebenso Brand Anm. 2 B. b; Turnau-Förster S. 451 Makower S. 377; RG. 101, 244; unentschieden RG. 86, 65.
2) Cosack § 217 II 2; Düringer-Hachenburg § 142 Anm. 4; Staub-Pinner Anm. 2 zu § 142; Wieland I S. 723 Anm. 3; siehe auch J. v. Gierke, Handelsrecht, 4 S. 241.
3) RG. in LZ. 1912, 539, 4.

damit zusammen, daß die offene Handelsgesellschaft nach außen in die Erscheinung tritt und grundsätzlich darauf angelegt ist, daß die Gesellschafter Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet werden. Würde bei einer solchen Gesellschaft die Auflösung direkt durch die Kündigung erfolgen, über die Frage aber, ob sie erfolgt ist, Streit möglich sein, so könnte dieses, namentlich im Hinblick auf § 15 Abs. 1 H.G.B. leicht zu Zweifeln führen." Bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft erschien mit Rücksicht auf den kleineren Geschäftskreis und auf die von der offenen Handelsgesellschaft verschiedene rechtliche Struktur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (vgl. § 709 B.G.B.) eine gleiche Ausnahmeregelung nicht notwendig.

Im Falle des § 142 liegen die Verhältnisse durchaus dem Falle der Ausschließungsklage gemäß § 140 H.G.B. gleich. Die Tatsache, daß es sich im Falle des § 140 H.G.B. im Gegensatz zu § 142 H.G.B. nur um zwei Gesellschafter handelt, ist für die Frage, ob das Urteil gemäß § 142 H.G.B. konstitutive Wirkung hat, belanglos. Eine sachliche Aenderung war damit nicht beabsichtigt. Folgt man der von den Gegnern vertretenen Auffassung, so würde der Gesetzgeber völlig gleichliegende Fälle rechtlich und wirtschaftlich ganz verschieden behandelt haben. Es würde eine dritte Art der Auflösung eines Gesellschaftsverhältnisses, neben der Kündigung und der Auflösung auf Grund Gestaltungsurteils gemäß § 140 H.G.B. gewissermaßen ein Mittelding geschaffen sein. Das anzunehmen, liegt nach dem Vorstehenden kein Anlaß vor. Die Gegner vermögen auch keine Gründe anzuführen für die angeblich vom Gesetz gewollte verschiedene Behandlung der Uebernahmeklage aus § 142 H.G.B. gegenüber der Ausschließungsklage. Der Gesetzgeber hat, wie ein Vergleich beider Vorschriften zeigt, einen anderen Wortlaut als in § 140 H.G.B. offenbar nur deswegen wählen müssen, weil es sich im Falle des § 142 H.G.B. anders als in den Fällen des § 140 H.G.B. sprachlich um eine Uebernahme des Unternehmens, nicht um eine Ausschließung handelt. Wenn man von der „Ausschließung" eines Gesellschafters aus der Gesellschaft redet, so setzt das voraus, daß die Gesellschaft als solche bestehen bleibt. Bei einer zweigliedrigen O.H.G. kann daher streng genommen von einer „Ausschließung" eines Gesellschafters nicht gesprochen werden. Das bedingte im Falle des § 142 H.G.B. einen anderen Wortlaut als im Falle des § 140 H.G.B.

Der Gesetzgeber hat jedoch erneut einen nicht ganz zutreffenden Ausdruck gebraucht, sodaß eine weitere verschiedene Behandlung der mehrgliedrigen und der zweigliedrigen O.H.G. gefordert wurde. Dieses Beispiel zeigt deutlich, wie wenig bei der Auslegung von Gesetzen eine reine Wortinterpretation zum Ziel führen kann, und eine derartige Interpretation zu einer völligen Verkehrung der von dem Gesetzgeber erstrebten Absichten führt.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß auch im Falle des § 142 das Ausscheiden des einen Gesellschafters mit der Rechtskraft des Urteils erfolgt. Für eine besondere Uebernahmeerklärung nach Rechtskraft des Urteils ist kein Raum.

## 2. Die rechtliche Natur des Ueberganges des Unternehmens.

Im § 142 H.G.B. ist unmittelbar nichts darüber bestimmt, wie sich im Falle des Obsiegens des Klägers die Uebernahme des Unternehmens durch den Kläger vollzieht. Gemäß § 142 Abs. 3 finden die auf die Auseinandersetzung im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft geltenden Vorschriften — §§ 738 ff. B.G.B. — Anwendung.

Nach § 738 Satz 1 B.G.B. wächst, wenn ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Es herrscht ein, auch heute noch nicht entschiedener, lebhafter Streit darüber, ob diese Bestimmung auch auf die zweigliedrige offene Handelsgesellschaft Anwendung finden kann. Eine Anzahl von Schriftstellern,[1]) ferner früher das Kammergericht[2]) und das hanseatische Oberlandesgericht[3]) sind der Ansicht, daß die Anwachsung unstatthaft sei und daß sich der Uebergang des Eigentums an dem Gesamtunternehmen vollziehe im Wege der Einzelrechtsnachfolge. Die herrschende Meinung läßt dagegen § 738 B.G.B. Anwendung finden, d. h. im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters hätte gemäß § 142 H.G.B. in gleicher Weise Anwachsung stattzufinden wie in den Fällen der §§ 140 H.G.B., 738 B.G.B. Die Frage ist bedeutungsvoll insbesondere hinsichtlich der Uebernahme von Grundstücken. Wächst dem Uebernehmenden der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen zu, so bedarf es einer Auflassung der Gesellschaftsgrundstücke nicht, lediglich unter Umständen der Umschreibung gemäß § 40 G.B.O. Es werden somit erhebliche Kosten gespart[4]); es bedarf auch nicht zur Uebertragung des Eigentums der Mitwirkung seitens des ausgeschiedenen Gesellschafters, die, falls sich der ausgeschiedene Gesellschafter weigern sollte, nur durch erneute Klage ersetzt werden kann.

Die Begründung der oben Genannten ist eine verschiedene. Das Kammergericht begründet seinen Standpunkt wie folgt: Mit dem Uebergang eines Grundstücks von der Gesellschaft auf einen der beiden Mitgesellschafter vollziehe sich ein der Auflassung bedürftiger Eigentumswechsel von einem von den jeweiligen Gesellschaftern verschiedenen Rechtssubjekt auf einen der beiden Mitgesellschafter. Das Herrschaftsrecht der Gesellschaft werde umgesetzt in das Eigentum einer Einzelperson. Bisheriger Eigentümer sei ein Personenkreis gewesen, jedoch nicht der aus den Gesellschaftern A, B gebildete, sondern die vom Bestande der jeweiligen Mitglieder unabhängige Gesamtheit. An ihrer Stelle solle nun eine Einzelperson treten, die Eigentum an dem Grundstück bisher in keiner Form gehabt und lediglich als Mitglied über das Grundstück zur Verfügung berechtigt gewesen sei. Darum enthalte der Austritt aus der

---

1) Brand S. 430; Lehmann-Ring § 142 Nr. 4; Staub-Pinner § 142 Anm. 3; Lehmann in ZHR. 50, 36; Turnau-Förster S. 452.
2) Johow-Ring, Jahrb. d. Entsch. d. KG. Bd. 24 A, 110.
3) Rspr. der OLG. Bd. 3, S. 34.
4) Bezüglich der Grunderwerbssteuer ist dagegen die Entscheidung der Streitfrage ohne Belang, da gemäß § 15 Gr. St. G. eine Steuerpflicht auch dann besteht, wenn sich ein Eigentumsübergang durch Anwachsung vollzieht, wie es unstreitig ist in den Fällen der §§ 738 BGB. und 140 HGB.

Gesellschaft nicht die Aufgabe von Eigentumsrecht und darum könne durch die Uebernahme des Geschäfts nicht ohne weiteres das Eigentum der Gesamtheit auf den Uebernehmer übergehen. Daran änderten auch die Bestimmungen der §§ 738 B.G.B. und 142 H.G.B. nichts. § 738 B.G.B. sei auf den Fall des § 142 H.G.B. nicht anwendbar, da § 738 sich nach seinem Wortlaut nur auf den Fall beziehe, daß durch das Ausscheiden des Gesellschafters der Fortbestand der Gesellschaft nicht berührt werde, im Falle des § 142 H.G.B. werde die Gesellschaft jedoch aufgelöst und es müsse daher bei der Singularsuccession verbleiben.

Zum gleichen Ergebnis wie das Kammergericht gelangen Lehmann-Ring [1]) mit anderer Begründung. Sie sind der Ansicht, daß das Gesetz Singularsuccession im Auge gehabt habe, da es andernfalls deutlich ausgedrückt haben würde, daß Universalrechtsnachfolge Platz greife. Es gelte dies umsomehr, als Einzelrechtsnachfolge die Regel, Universalrechtsnachfolge die Ausnahme darstelle. Absatz 3 des § 142 H.G.B. habe ferner die obligatorische Auseinandersetzung zwischen dem Ausscheidenden und dem Zurückbleibenden, nicht dagegen die sachenrechtliche Seite im Auge. Es werde also hinsichtlich der körperlichen Sachen allerdings der Tradition oder Auflassung an den Uebernehmenden bedürfen, damit dieser Eigentümer würde.

Staub-Pinner [2]) sieht ebenfalls, wie das Kammergericht, den Grund für die Ablehnung der Anwachsung insbesondere darin, daß § 738 B.G.B. das Fortbestehen einer Gesellschaft voraussetze. Für die Annahme der Universalsuccession könne zwar Abs. 3 des § 142 H.G.B. angeführt werden; denn nach diesem sollten die Vorschriften über die Auseinandersetzung mit einem ausscheidenden Gesellschafter „entsprechende" Anwendung finden. Die Vorschriften über die Auseinandersetzung sollten jedoch nur soweit gelten, als sie für § 142 anwendbar seien. § 738 B.G.B. aber spreche ausdrücklich von einem Ausscheiden aus einer Gesellschaft, setze also voraus, daß mindestens zwei Gesellschafter übrig bleiben. Nach Absatz 1 wäre der Uebernehmer lediglich für berechtigt erklärt, das Geschäft zu übernehmen. Auch das spreche gegen die Universalrechtsnachfolge. Eine solche trete kraft Gesetzes ein, gebe das Gesetz dagegen nur das Recht auf Uebernahme, so trete die Uebernahme erst durch die Erklärung des Uebernehmenden und die durch den Richter ergänzte Erklärung des Uebertragenden, also durch Willenseinigung ein.

Dem ist das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen [3]) in ausführlicher Begründung entgegengetreten. Bei dem Institut der gesamten Hand sei grundsätzlich der Einzelne auf das Gesamte berechtigt. Er sei lediglich durch die Mitberechtigung der anderen Gesellschafter in seinem Rechte beschränkt. Falle die Mitberechtigung fort, so falle diese Beschränkung. Das Recht des Einzelnen trage

1) Lehmann-Ring § 142 Anm. 4.
2) Staub-Pinner 12./13. Aufl. Anm. 3, ausführl. begründet in der 9. Aufl. Anm. 3 im Gegensatz zu der in der 6. u. 7. Aufl. Anm. 2 von Staub vertretenen Ansicht.
3) Insbesondere RG. Bd. 65 S. 337; Bd. 68 S. 414; Bd. 72 S. 161; Bd. 86 S. 65; Warn. 1919 S. 211.

in sich das Bestreben, sich von der Beschränkung frei zu machen und zu Alleineigentum zu erwachsen. Es sei zweifelhaft, ob die Zulässigkeit der Anwachsung allein hieraus gefolgert werden könne. Ein sicherer Boden werde aber gewonnen, wenn die Vorschrift des § 142 Abs. 3 H.G.B. hinzugenommen werde.[1]) In § 142 Abs. 3 sei bestimmt, daß § 738 B.G.B. entsprechend Anwendung zu finden habe. Damit habe die Anwachsung auch im Falle des § 142 H.G.B. Platz zu greifen. Selbstverständlich bestehe zwischen § 142 H.G.B. und § 738 B.G.B. der Unterschied, daß im ersteren Falle nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters keine Gesellschaft bestehen bleibe. § 738 könne also nur entsprechend angewandt werden. Gerade diese entsprechende Anwendung sehe § 142 Abs. 3 vor. „Das Verlangen besonderer Uebertragungsakte ist nicht analoge Anwendung des § 738 Satz 1 B.G.B., sondern gerade das Gegenteil, nämlich die Nichtanwendung." Wenn in der Literatur entgegengehalten werde, durch § 142 H.G.B. sei den Gesellschaftern nur das obligatorische Recht verliehen worden, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, nicht aber eine gesetzliche Uebereignung ausgesprochen worden, so sei dabei übersehen, daß auch der entsprechende § 737 B.G.B. den verbleibenden Gesellschaftern zunächst nur ein Ausschließungsrecht einräume, und daß die Ausschließung selbst nach § 737 B.G.B. S. 2, 3 durch eine von den berechtigten Gesellschaftern abzugebende Erklärung erfolge.[2])

Dem Reichsgericht hat sich die Praxis, auch das Kammergericht, dieses ohne nähere Begründung[3]), angeschlossen. Auch die Literatur steht überwiegend auf diesem Standpunkt.[4])

Die von dem Reichsgericht vertretene Auffassung ist zu billigen. Nur das letzte Argument erscheint bedenklich. Das Reichsgericht geht hier von der irrtümlichen und später aufgegebenen Ansicht aus[5]) daß das Urteil auf Grund des § 142 H.G.B. deklaratorische Bedeutung habe und erst durch die Erklärung des obsiegenden Klägers die Uebernahme vollzogen werde. Wir haben im vorigen Abschnitt darzulegen versucht, daß diese Ansicht irrtümlich ist. Ein derartiges Recht des Uebernehmenden besteht nicht. Wenn einige Gegner der Anwachsung[6]) von der Notwendigkeit einer besonderen Uebernahmeerklärung nach Erlaß des Urteils ausgehen und daraus die Unzulässigkeit der Anwachsung folgern,[7]) so ist dem entgegenzuhalten, daß für eine derartige besondere Uebernahmeerklärung nach dem Gesetz kein Raum ist. Der an dieses angebliche Recht geknüpften Folgerung ist also ohne weiteres der Boden entzogen. Selbst wenn man aber von einer solchen „Berechtigung" ausgeht, so ist es bedenklich, derartige Folgerungen zu ziehen. Denn die entsprechenden Vorschriften der §§ 737, 738 B.G.B. — darin ist dem

1) RG. Bd. 65, S. 235; ähnlich RG. Bd. 72 S. 161.
2) RG. Bd. 68 S. 415.
3) KG. in Entsch. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 1908 S. 71; KG. in OLG. 43, 289; OLG. Rspr. 46, 261.
4) Düringer-Hachenburg § 142 II; Güthe § 20 Anm. 18; Oberneck S. 574; Cosack § 67 III 2a; Goldmann § 142 II; Wieland I S. 651; v. Gierke Bd. II S. 165; Müller-Erzbach S. 208.
5) RG. in LZ. 1912, 539, 4.
6) Lehmann-Ring § 142 Anm. 4; Staub-Pinner 9. Aufl. § 142 Anm. 3.
7) Siehe S. 21.

Reichsgericht Recht zu geben — lassen die Anwachsung unmittelbar durch die Erklärung der Gesellschafter nicht auf Grund Urteils erfolgen.

Im übrigen sind jedoch die Erwägungen des Reichsgerichts zutreffend. Wenn zunächst eingewandt wird, die Anwachsung könne nicht Platz greifen, da nach erfolgtem Ausscheiden gemäß § 142 H.G.B. eine „Gesellschaft" nicht mehr bestehen bleibe [1]), so ist dem entgegenzuhalten, daß dann keine der Vorschriften der §§ 738 ff. B.G.B. für den Fall des § 142 H.G.B. Anwendung finden könnte. Weswegen man gerade die Anwachsung aus diesem Grunde ablehnt, im übrigen trotz der Verschiedenheit die übrigen Bestimmungen der §§ 738 ff. B.G.B. anwenden läßt, ist nicht einzusehen. Gerade mit Rücksicht auf diese Verschiedenheit ist § 142 Abs. 3 eingefügt worden, da andernfalls die Anwendung des § 738 B.G.B. schon aus § 105 Abs. 2 H.G.B. folgte. In § 140 befindet sich daher eine dem § 142 Abs. 3 entsprechende ausdrückliche Verweisung auf § 738 ff. B.G.B. nicht. Die in § 142 Abs. 3 H.G.B. vorgesehene „entsprechende" Anwendung gebietet die Annahme des Anwachsungsprinzips. Mit Recht wird das vom Reichsgericht mit Schärfe betont. „Entsprechende" Anwendung bedeutet Anwendung auf einen ähnlichen Tatbestand. Wenn der Tatbestand derselbe ist, bedarf es keiner Vorschrift. § 140 H.G.B. und § 142 H.G.B. unterscheiden sich nur dadurch, daß nach dem erfolgten Ausscheiden in dem einen Falle eine Gesellschaft, in dem anderen Falle eine Einzelperson das Geschäft innehat. Dieser Unterschied berührt das Wesen der Sache nicht. Die Anwendung des Anwachsungsprinzips auf den Fall des § 142 H.G.B. war geradezu geboten, da in dieser Hinsicht kein innerer Unterschied zwischen der Uebernahme durch eine Gesellschaft im Falle des § 140 H.G.B. und der Uebernahme gemäß § 142 H.G.B. besteht. Eine Anwachsung vollzieht sich, wenn auf der einen Seite, auf der die Anwachsung vor sich geht, eine gesamthänderisch gebundene Vereinigung steht, logisch ebenso, als wenn sich die Anwachsung in einer Einzelperson vollzieht. In beiden Fällen handelt es sich um eine Ausweitung bestehenden gesamthänderischen Eigentums.[2]) Es würde schon aus diesem Grunde gesetzgeberisch ein Fehler gewesen sein, wenn das Anwachsungsprinzip im Falle des § 142 H.G.B. nicht für zulässig erklärt worden wäre.

Es kann auch nicht mit Lehmann-Ring [3]), geltend gemacht werden, daß, wenn das Gesetz eine solche Konsequenz gewollt hätte, es das ausdrücklich gesagt haben würde. Nach dem Gesagten muß umgekehrt geschlossen werden, das Gesetz hätte, wenn es im Falle des § 142 H.G.B. nicht auch die Anwachsung als solche gewollt hätte, das ausdrücklich sagen müssen, denn die Vorschrift der Anwachsung in § 738 B.G.B. ist in den Vorschriften über die Auseinandersetzung, die gemäß § 142 Abs. 3 H.G.B. eine entsprechende Anwendung zu finden haben, an die Spitze gestellt und ihr wesentlicher Teil.[4])

1) KG. in Jahrb. Bd. 24 A. 110; Staub-Pinner 9. Aufl. § 142 Anm. 3, 12./13 Aufl. § 142 Anm. 3.
2) Vgl. RG. 65, 235.
3) Lehmann-Ring § 142 Anm. 4.
4) Staub 5.—7. Aufl. § 142 Anm. 2.

Dazu kommt, daß, wie auch von den Vertretern der Gegenanschauung 1) zugegeben wird, das Ergebnis wirtschaftlich in hohem Maße befriedigend ist. Es fällt die überflüssige Einzelübertragung weg und der Uebernehmer kann ganz im Sinne dessen, was zur Schaffung des § 142 H.G.B. geführt hat, das Unternehmen als Ganzes ohne Unterbrechung durch die Notwendigkeit der Einzelübertragung weiterführen.

Ebenso wie man der Ansicht sein kann, daß es der Vorschrift des § 142 H.G.B. garnicht bedurft hätte, weil § 140 allein ausreichte, so kann man auch soweit gehen, zu sagen, daß das Gesetz im § 140 Abs. 3 die entsprechende Anwendung der §§ 738 ff. B.G.B. garnicht hätte zu normieren brauchen. Nachdem man durch § 142 Abs. 1 bestimmt hatte, daß auch der Gesellschafter einer zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft durch Klage zum Ausscheiden gezwungen werden könne, weil man die bisherige Ausnahmebehandlung der zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft beseitigen wollte, mußte es sich von selbst verstehen, daß auch hinsichtlich der Auseinandersetzung die gleiche Behandlung Platz zu greifen habe. Nun hat der Gesetzgeber ein Uebriges getan und eine ausdrückliche derartige Bestimmung getroffen, und doch setzt man sich weiter hinsichtlich dieses Punktes für eine verschiedene Behandlung ein. Es kann nach dem Vorstehenden nicht anerkannt werden, daß hierfür ein ausreichender Anlaß besteht.

Das Unternehmen geht somit im Augenblick der Rechtskraft des Urteils uno acto auf den Uebernehmenden über mit sämtlichen Aktiven und Passiven. Besonderer Uebertragungsakte hinsichtlich der einzelnen zu dem Unternehmen gehörenden Gegenstände, Grundstücke, bewegliche Sachen, Forderungen, Patentrechte usw. bedarf es nicht.

### 3. Die Auseinandersetzung zwischen den früheren Gesellschaftern.

Durch das Uebernahmeurteil ist der Uebernehmende Alleineigentümer des gesamten Unternehmens geworden. Zwischen den bisherigen Gesellschaftern findet anschließend die Auseinandersetzung statt.

#### a) Der für die Auseinandersetzung maßgebende Wert.

Maßgebend für die Festsetzung der Höhe des Guthabens des Ausgeschiedenen ist gemäß § 738 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. der Betrag, den der Ausgeschiedene bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Zeit des Ausscheidens liquidiert worden wäre (§ 142 Abs. 3 in Verbindung mit § 738 B.G.B. Abs. 1 Satz 2.). Das bedeutet nicht, daß der Betrag, der bei tatsächlich erfolgter Liquidation durch Veräußerung des Unternehmens im einzelnen erzielt worden wäre, der Auseinandersetzung zu Grunde zu

---

1) Lehmann-Ring § 142 Anm. 4.

legen ist. Maßgebend ist vielmehr, wie Staub-Pinner[1]) mit Recht sagt, der Wert der lebenden Gesellschaft. Diese Ansicht wird allgemein geteilt.[2]) Es ist stets der wahre Wert des Unternehmens der Auseinandersetzung zu Grunde zu legen. Es würde eine vom Gesetz nicht gewollte und mit § 142 unvereinbare Bereicherung des Uebernehmenden auf Kosten des Ausgeschiedenen vorliegen, wenn der Ausgeschiedene nur seinen Anteil an dem Betrage erhalten würde, der bei dem Verkauf des Unternehmens im einzelnen zu erzielen wäre, während doch das Unternehmen im Ganzen fortgeführt wird.[3]) Der Ausgeschiedene hat ebenfalls im gleichen Maße wie der Uebernehmende Anteil an den Grundstücken und an den anderen Gegenständen wie an dem Wert des Geschäfts als solchen[4]), und dieser Geschäftswert ist der Arbeit des früheren Gesellschafters in gleicher Weise zu verdanken. Hieraus folgt, daß der im Falle einer Liquidation regelmäßig vernichtete innere Geschäftswert in vollem Umfange als Aktivum behandelt und in der Auseinandersetzungsbilanz aufgeführt werden muß, daß ferner der einzelne zum Geschäftsvermögen gehörende Gegenstand mit seinem vollen Werte einzusetzen ist, nicht mit dem im Falle einer Liquidation erzielbaren geringeren Werte.

In der Praxis findet der Geschäftswert Berücksichtigung entweder durch eine entsprechend höhere Bewertung der einzelnen Aktiven, insbesondere der Grundstücke oder durch Einsetzung eines besonderen Postens für den Geschäfts- oder Firmenwert. Das letztere wird den tatsächlichen Verhältnissen eher gerecht.[5])

Der Wert des lebenden Unternehmens ist der Auseinandersetzung zugrunde zu legen. Das darf jedoch nicht zu der Ansicht führen, daß der Wert Geltung hat, den das Unternehmen zur Zeit des Erlasses des Urteils hat, ohne Berücksichtigung der Wirkungen, die das Ausscheiden eines Gesellschafters auf den Wert der Gesellschaft hat. Die darauf beruhende Verminderung des Geschäftswertes ist häufig nicht unerheblich. Bei der offenen Handelsgesellschaft teilen sich regelmäßig die Gesellschafter in die Leitung des Unternehmens. Leiten beide Gesellschafter den kaufmännischen Betrieb, so ist häufig ihr Tätigkeitsgebiet entweder hinsichtlich der Absatzgebiete des Unternehmens gegenseitig abgegrenzt, sodaß der eine Gesellschafter nur die Kunden dieses Gebietes, der andere die Kunden jenes Gebietes besucht. Oder die Leitung der Gesellschaft ist derart verteilt, daß sich jeder Gesellschafter vorzüglich nur der Erzeugung und dem Vertrieb bestimmter Artikel des Unternehmens widmet. Wird nun die Stelle des einen Gesellschafters frei, so verliert das Unternehmen insoweit die Leitung. Dieses beeinträchtigt häufig den Wert des Unternehmens in höherem oder geringerem Maße, da das Fortbestehen der Leitung für den Wert

1) Staub-Pinner Anhang zu § 141 Anm. 5.
2) RG. in LZ. 13, 539, 4; Cosack § 27 II 3b; Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 11; Goldmann S. 611.
3) Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 10.
4) Staub-Pinner Anhang § 141 Anm. 5.
5) Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 11 Absatz 2.

des Unternehmens von Bedeutung ist. Nicht selten gibt gerade der tüchtigere Gesellschafter dem Mitgesellschafter Grund zur Erhebung der Uebernahmeklage. Er muß seine Einnahmen mit dem weniger erfolgreichen Mitgesellschafter teilen, sieht sich in seiner Arbeit gehemmt und sucht daher eine Besserstellung oder eine Lösung des Vertragsverhältnisses selbst mit unzulässigen Mitteln zu erzwingen. Der Wert des Unternehmens wird ferner dadurch beeinträchtigt, daß der frühere Gesellschafter kraft seiner weitgehenden Kenntnis des Betriebes und des Geschäftszweiges in der Lage sein wird, eine empfindliche Konkurrenz zu treiben. Mag auch der Ausgeschiedene in der Konkurrenzfreiheit beschränkt sein — wir kommen darauf weiter unten noch zurück — so schadet die Konkurrenz in dem Umfange, in dem sie zulässig ist, dennoch. Der Wert des Unternehmens erleidet ferner dadurch eine Beeinträchtigung, daß der Uebernehmende häufig gezwungen sein wird, das Geschäft, in dem nur noch ein geringeres Kapital arbeitet als bisher, zu drosseln. Alles dieses beeinträchtigt den Wert des übernommenen Unternehmens empfindlich. Nur der Wert, den das fortgeführte Unternehmen nach dem Ausscheiden des einen Gesellschafters hat, darf der Abfindung zugrunde gelegt werden. Nur diesen Wert übernimmt der obsiegende Kläger. Es darf somit im Interesse des Ausscheidenden zwar nicht der Wert des Geschäfts als solchem unberücksichtigt bleiben, der Geschäftswert muß vielmehr in vollem Umfange eingesetzt werden, aber andererseits nur in dem Maße, als er tatsächlich dem Uebernehmenden verbleibt.

Dieses führt zu der Folgerung, daß der Wert des Unternehmens unter Umständen ganz verschieden festgesetzt werden muß, je nachdem der eine oder der andere Gesellschafter ausscheidet. Hat der Ausscheidende die kaufmännische Leitung des Unternehmens gehabt, so kann der Uebernehmende gezwungen sein, eine nicht eingearbeitete kostspielige Ersatzkraft einzustellen. Das schmälert die Einnahme des Unternehmens erheblich, auch liegt in der Einstellung einer neuen Kraft ein nicht zu unterschätzendes Risiko. Es muß somit, insbesondere wenn der frühere Mitgesellschafter eine tüchtige Arbeitskraft war, die Abfindungssumme erheblich niedriger festgesetzt werden, als es dem Wert des Unternehmens vor dem Ausscheiden des einen Gesellschafters entsprechen würde. Im Ganzen ist der Wert des Unternehmens nach dem Ausscheiden regelmäßig niedriger als vor dem Ausscheiden. Die Berücksichtigung dieser Umstände kann selbstverständlich nie dazu führen, daß die Abfindungssumme unter dem Betrag dessen festgesetzt wird, was bei dem Verkauf des Unternehmens im einzelnen zu erzielen wäre. Der letztere Betrag muß stets unterste Grenze bleiben.[1]) Hat das Unternehmen für den klageberechtigten Teilhaber unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen nicht den Wert, den die Summe der einzelnen Gegenstände verkörpert, so muß er von der Erhebung der Uebernahmeklage absehen und gemäß § 133 H. G. B. vorgehen. In diesem Falle kann der Kläger sich nur helfen durch Anstrengung einer Schadenersatzklage. Ich komme hierauf später zurück.

1) Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 11, Abs. 3.

Hieraus folgt auch, daß ein besonderer Posten für den Geschäftswert nur in geringerem Maße anzusetzen ist oder ganz in Fortfall kommt, wenn der Uebernehmende nicht berechtigt ist, die bisherige Firma fortzuführen.[1]) Maßgebend sind in dieser Hinsicht die §§ 22, 24 H.G.B. Ist danach der Name des Ausgeschiedenen in der Firma enthalten, so darf der Uebernehmende die Firma nur mit Einwilligung des Ausgeschiedenen weiterführen.[2]) Zwar ist Markus[3]) der Ansicht, daß im Falle des § 142 H.G.B. § 24 H.G.B. keine Anwendung findet. Es sei im § 24 H.G.B. nur von Ausscheiden nicht von Ausschließung die Rede. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Sie widerspricht dem Wesen des § 24 H.G.B. und wird daher mit Recht allgemein abgelehnt. Die gesetzliche Regelung (§§ 22 und 24 H.G.B.) führt also häufig dazu, daß in den Fällen, in denen der Name des vertragsuntreuen Teils in der Firma enthalten ist, die Erhebung der Uebernahmeklage wertlos sein wird.[4])

Stellt sich bei Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz heraus, daß der Wert des gesamten Unternehmens größer ist, als er in der letzten Jahresbilanz errechnet wurde, so muß die Differenz an den bisherigen Gesellschafter im Verhältnis der den beiden Gesellschaftern bisher vertragsmäßig zustehenden Gewinnanteile ausgeschüttet werden;[5]) denn es hat sich gezeigt, daß der zur Verteilung gekommene Gewinn nicht die Höhe des tatsächlich erzielten Gewinns erreicht hat und daß stille Reserven gebildet worden sind. Dies gilt nur, falls nicht für den Fall des Ausscheidens vertraglich eine andere Regelung getroffen ist. Umgekehrt müssen sich die Gesellschafter vorweg entsprechende Abzüge gefallen lassen, wenn zu hohe Gewinnausschüttungen vorgenommen worden sind.

### b) Der maßgebende Zeitpunkt.

Der Zeitpunkt, der der Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens zugrunde zu legen ist, ist unmittelbar in § 142 H.G.B. nicht bestimmt. Auch in dieser Hinsicht ist auf die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters geltenden Vorschriften verwiesen (§ 142 Abs. 3 H.G.B.). Dieses bezieht sich grundsätzlich gleichermaßen auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Gesellschaften — hier § 738 B.G.B. — als auf die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft, also im vorliegenden Falle auf § 140 Abs. 2 H.G.B. Beide Vorschriften widersprechen sich. Nach § 738 B.G.B. ist für die Auseinandersetzung maßgebend der Tag des Ausscheidens des Gesellschafters, gemäß § 140 Abs. 2 H.G.B. der Zeitpunkt der Klageerhebung. Die nähere Prüfung ergibt, daß in unserem Falle die Vorschrift des § 140 Abs. 2 Anwendung zu finden hat. Die in § 140 Abs. 2 getroffene Regelung beruht darauf, daß im Falle des § 140 im Gegensatz zu § 738 B.G.B. nicht bereits

1) Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 11 Abs. 2.
2) Staub-Pinner Anm. 3 zu § 138, Düringer-Hachenburg § 140 Anm. 9.
3) Markus S. 333.
4) Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 11, § 140 Anm. 9.
5) Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 10.

durch die Erklärung der Gesellschafter, sondern durch Urteil der Ausschluß ausgesprochen wird. Von dem Zeitpunkt, an dem der Ausschließende die Klage erhoben hat, bis zu dem Zeitpunkt des Erlasses des Urteils vergehen oft Jahre. Der Ausschluß des einen Gesellschafters ist jedoch grundsätzlich bereits bei Klageerhebung begründet gewesen. Mit Rücksicht hierauf glaubte der Gesetzgeber, für die Auseinandersetzung den Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend sein lassen zu müssen.[1]) Da auch im Falle des § 142 H.G.B. das Ausscheiden auf Grund Urteils erfolgt, so muß auch bei einer zweigliedrigen O.H.G. der Zeitpunkt der Erhebung der Klage der Auseinandersetzung zugrunde gelegt werden (§ 140 Abs. 2). Das ist allgemein anerkannt. Das Reichsgericht hatte zunächst im Widerspruch zu dem hier vertretenen, allgemein von der Literatur geteilten Standpunkt[2]) den Zeitpunkt der Rechtskraft des auf Grund von § 142 H.G.B. ergehenden Urteils als den für die Auseinandersetzung maßgebenden Zeitpunkt angesehen[3]), ohne diesen Standpunkt im einzelnen zu begründen. Später hat es diesen Standpunkt aufgegeben.[4])

Hieraus ergibt sich im einzelnen folgendes: Für die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens ist maßgebend der Wert des Unternehmens im Zeitpunkt der Erhebung der Klage. Der Ausgeschiedene wird abgefunden gemäß den oben bezüglich der Wertberechnung im einzelnen festgelegten Grundsätzen. An den Geschäften, die zur Zeit der Erhebung der Klage schwebten, nimmt der Ausgeschiedene teil gemäß § 740 Abs. 1 B.G.B.[5]) An den Neugeschäften, das wird regelmäßig bei langen Prozessen die Mehrzahl sein, ist der frühere Gesellschafter nicht beteiligt. Ihm ist aber für seine Tätigkeit, die der eines Geschäftsführers gleichkommt, ein billiges Entgelt zu gewähren.[6]) Auch hat der frühere Teilhaber Anspruch auf Verzinsung seines während der Zeit des Prozesses in dem Unternehmen arbeitenden Auseinandersetzungskapitals.

Diese Regelung gilt jedoch nur für das innere Verhältnis zwischen den Parteien, nicht im Verhältnis zu Dritten. Dritten gegenüber ist der Ausgeschiedene bis zum Erlaß des Urteils Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten, haftet diesen gegenüber also in gleicher Weise wie der Uebernehmer.

Diese Regelung des Gesetzes erscheint unzweckmäßig. Es liegt ein innerer Widerspruch darin, daß der Uebernehmer, mit dem doch während der Dauer des Prozesses,[7]) der andere Gesellschafter gemeinsam den Betrieb leitet, das Risiko des Unternehmens allein trägt, auf der andern Seite auch nur allein die Gewinnchancen des

---

1) Düringer-Hachenburg Anm. 10 zu § 140.
2) Staub-Pinner § 142 Anm. 4; Breit S. 767.
3) RG. 56, 18.
4) RG. 102, 245.
5) Im einzelnen kann es zweifelhaft sein, was im Sinne des Gesetzes unter schwebenden Geschäften zu verstehen ist. Beteiligungsverhältnisse, Beteiligung an Syndikaten, Kartellen usw. sind nach richtiger Ansicht nicht darunter zu rechnen; vgl. Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 1.
6) Düringer-Hachenburg § 140 Anm. 10.
7) Von dem Ausnahmefall abgesehen, daß der Mitgesellschafter auf Grund einstweiliger Verfügung verhindert gewesen ist, an der Geschäftsführung weiter teilzunehmen.

Unternehmens hat. Das Gesetz geht davon aus, daß das Ausscheiden an sich zur Zeit der Erhebung der Klage begründet war, und daß das weitere Verbleiben nur auf die ungerechtfertigte Weigerung des früheren Teilhabers zurückzuführen ist. Der Ausgeschiedene bleibt aber gemäß § 142 H.G.B. voller Teilhaber während des Prozesses mit allen Rechten und Pflichten. Hieraus wäre grundsätzlich die Folgerung zu ziehen, daß der frühere Mitgesellschafter auch während der Dauer des Prozesses sowohl am Gewinn wie am Verlust teilnimmt. Tatsächlich arbeitet sein Kapital während der ganzen Zeit des Prozesses in dem Unternehmen und ist zwar nicht im Verhältnis zu dem Mitgesellschafter, aber im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft dem Risiko des Unternehmens unterworfen. Die Zurückziehung des Zeitpunktes der Auseinandersetzung auf den Zeitpunkt der Klageerhebung stempelt die Beteiligung des Ausgeschiedenen von der Klageerhebung an zu einer einfachen Darlehnsbeteiligung, von der Haftung Dritten gegenüber abgesehen. Das wird den wirtschaftlichen Verhältnissen nicht gerecht.

Während der Dauer des Prozesses führt der Beklagte die erforderlichen geschäftlichen Verhandlungen wie ein wahrer Gesellschafter, aber an dem Ergebnis der Verhandlungen nimmt er bei einem ungünstigen Ausgang des Prozesses nicht teil, gleichgültig, ob sich seine Geschäftsführung vorteilhaft oder unvorteilhaft für das Geschäft gestaltet hat. Das ist geeignet, seine Schaffensfreude zu lähmen und macht ihn Verlusten gegenüber verhältnismäßig unempfindlich.[1]) Auch vom Standpunkt des Klägers erscheint die Regelung unbillig. Er trägt im Wesentlichen das ganze Risiko, ohne in der Lage zu sein, bezüglich der Geschäftsführung auf den Teilhaber, soweit der Gesellschaftsvertrag nicht gemeinsames Handeln verlangt, einzuwirken.

Diese gesetzliche Regelung hat ferner zur Folge — Düringer-Hachenburg weisen a. a. O. mit Recht darauf hin —, daß die Uebernahmeklage gegebenenfalls die Beteiligten zu einer Spekulation verleitet. Sind große Verluste entstanden, so erkennt der Beklagte den Anspruch an und erhält in diesem Falle trotz unter Umständen großer Verluste noch sein Gehalt als Geschäftsführer für die Zeit des Prozesses. Der Kläger kann sich selbstverständlich dadurch schützen, daß er dem Beklagten zuvorkommt und die Klage zurücknimmt. Diese Lösung würde durchaus unbefriedigend sein, da der Kläger dann in diesem Falle ein unmöglich gewordenes Verhältnis fortsetzen muß, die Prozeßkosten zu zahlen hat, und infolge des in der Klagezurücknahme liegenden Verzichts auf Geltendmachung der Klagetatsachen solange an den Mitteilhaber gebunden ist, als nicht in dessen Person neue Klagegründe entstanden sind.

Abgesehen davon ist diese gesetzliche Regelung geeignet, die bezüglich der Höhe des dem Ausscheidenden zustehenden Auseinandersetzungsguthabens bestehende Unsicherheit noch zu vermehren. Schon bei der Feststellung des Wertes der „lebenden Gesellschaft"

---

1) Vgl. Flechtheim, Recht und Wirtschaft S. 73 Sp. 1.

ist dem Ermessen ein weiter Spielraum belassen. Ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage maßgebend für die Auseinandersetzung, so kommt als weitere Unsicherheit dazu, in welcher Höhe das Entgelt für die Arbeitskraft des Ausgeschiedenen und der Zinssatz für die dem Ausscheidenden zustehende Auseinandersetzungsforderung für die Zeit seit Klageerhebung zu bemessen ist.

Eine nähere Begründung dieser aus dem alten Handelsgesetzbuch übernommenen Vorschrift (Art. 128 Abs. 1) findet sich weder in den Materialien zum alten H.G.B.[1]) noch in den Materialien zum H.G.B.[2]) Das Reichsgericht glaubt,[3]) durch die Vorschrift des § 140 Abs. 2 H.G.B. habe für die Auseinandersetzung in den Fällen der Ausschließung und der Geschäftsübernahme eine einheitliche und leicht festzustellende Grundlage geschaffen werden sollen. Damit läßt sich diese Regelung jedoch nicht rechtfertigen, denn die zeitliche Grundlage würde eine ebenso einheitliche gewesen sein, wenn es bei der Regelung des bürgerlichen Rechts verblieben wäre.

Staub[4]) ist der Ansicht, die Sondervorschrift über die Auseinandersetzung beruhe auf der Erwägung, daß aus der Verzögerung der richterlichen Entscheidung der Ausgeschlossene keine Rechte herleiten dürfe.[5]) Es ist jedoch durchaus nicht gesagt, daß, wenn der Zeitpunkt des Ausscheidens für die Auseinandersetzung maßgebend sein würde, der Ausscheidende bei langer Prozeßdauer rechtlich stets besser stünde. Der Beklagte müßte vielmehr, wenn Verluste entstanden sind, diese Verluste anteilig tragen, was jetzt nicht der Fall ist. Daß ein Unternehmen während der Prozeßdauer ungünstig arbeitet, ist verhältnismäßig häufig, da naturgemäß der zwischen den Gesellschaftern schwebende Prozeß ungünstig auf das Unternehmen einwirkt. Soweit aber mit Gewinn gearbeitet ist, ist es nicht mehr als billig, den Ausscheidenden daran zu beteiligen, da auch er während der Prozeßdauer seine ganze Kraft dem Unternehmen gewidmet hat.

Angesichts des klaren Wortlauts des Gesetzes muß jedoch der Zeitpunkt der Klageerhebung der Auseinandersetzung zugrunde gelegt werden. Der Richter ist daher auch nicht in der Lage, bei Bemessung des dem Ausscheidenden zustehenden billigen Entgelts den beiderseitigen Interessen ausreichend Rechnung zu tragen, insbesondere den früheren Mitgesellschafter angemessen am Gewinn oder am Verlust zu beteiligen.[6])

Jedenfalls ist es unter diesen Umständen zu empfehlen, im O.H.G.-Vertrage für alle Fälle vorzeitigen Ausscheidens bindende

---

1) Vgl. Prot. d. Nürnb. Komm. Bd. 1 S. 1009.
2) Vgl. S. 273.
3) RG. 102, 145.
4) Staub Anm. 6 zu § 140.
5) Vgl. Alexander-Katz Z. f. H. 70, 89 ff.
6) Vgl. Schreuer S. 33 „Der Richter soll das Recht finden, nicht schaffen". In den letzten Jahren mehren sich die Fälle, in denen die Rechtsprechung, auch das Reichsgericht, zugunsten einer „billigen" Entscheidung den Boden des Gesetzes verlassen haben. Das OLG. Hamburg hat in einer neuen Entsch. ausdrücklich den Standpunkt eingenommen, der Richter sei berechtigt, nach Billigkeit rechtsschöpferisch tätig zu werden (Hans. RZ. 1928, 532 ff.). Es kann davor nicht genügend gewarnt werden, da damit die Rechtssicherheit auf das Schwerste gefährdet würde (vgl. Baumbach S. 13). Das RG. mißbilligt zwar die erwähnte Entsch. (RG. in JW. 1930, 84,3) aber ohne sich in seinen Entsch. von derartigen Bestrebungen in dem erforderlichen Maße ferngehalten zu haben.

Feststellungen über die Höhe des Auseinandersetzungsguthabens zu treffen. Das geschieht regelmäßig in der Weise, daß bei vorzeitigem Ausscheiden der betreffende Gesellschafter nach dem Buchwert seines Geschäftsanteils abgefunden wird. Der Ausgeschiedene nimmt in diesem Falle weder teil an den gebildeten stillen Reserven, wie sie vorsichtige Kaufleute zu bilden pflegen, noch an dem Geschäftswert als solchen, dem „good will", da der Geschäftswert meist nicht oder nur mit einem geringen Betrage in der Bilanz erscheint. Ist eine derartige Bestimmung unterblieben, so ist ein weiterer langwieriger und kostspieliger Prozeß über die Höhe des Auseinandersetzungsguthabens fast unvermeidlich.

Es erscheint daher de lege ferenda zweckmäßig, daß der Ausscheidende auch für die Zeit zwischen Klageerhebung und Urteil am Gewinn, auf der andern Seite aber auch an dem Verlust des Unternehmens teilnimmt. Es muß somit gefordert werden, daß auch in den Fällen der §§ 140, 142 H.G.B., wie es an sich der Regel entspricht[1]), der Tag des Ausscheidens des Gesellschafters für die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens maßgebend ist.

### c) Die Fälligkeit des Auseinandersetzungsguthabens.

Die Sonderstellung, die § 142 H.G.B. einnimmt, zeigt sich auch bei der Frage, wann das gemäß § 142 dem Ausscheidenden zustehende Auseinandersetzungsguthaben fällig ist. Der Uebernehmende muß, wie wir oben gesehen haben, regelmäßig die Hälfte des Wertes des Unternehmens an den früheren Teilhaber auszahlen. Die Auszahlung ist sonach für ihn ungleich drückender, als für die Gesellschafter einer mehrgliedrigen offenen Handelsgesellschaft, die einen verhältnismäßig kleinen Teil des Gesellschaftsvermögens, der sich überdies noch auf mehrere Köpfe verteilt, auskehren müssen. Bei einer dreigliedrigen offenen Handelsgesellschaft müssen im Falle des Ausschlusses eines Gesellschafters die verbleibenden Gesellschafter zusammen regelmäßig nur ein Drittel des Gesellschaftsvermögens zur Auszahlung bringen, also jeder einzelne nur ein Sechstel.

Für den Gesellschafter einer zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft ist, vor allem in heutiger Zeit angesichts des Umstandes, daß in der Mehrzahl der Fälle etwa vorhanden gewesenes flüssiges Vermögen in der Kriegs- und Inflationszeit verloren gegangen ist, von entscheidender Bedeutung, ob er einen Anspruch auf Bewilligung von Ratenzahlungen hat. Hierauf wird es häufig, wohl in der Mehrzahl der Fälle, insbesondere bei der heute bestehenden und sicherlich noch länger anhaltenden Geldknappheit, abhängen, ob überhaupt von dem Rechtsbehelf des § 142 H.G.B. Gebrauch gemacht werden kann, und ob es nicht vorzuziehen ist, das bisherige Verhältnis fortzusetzen oder den Weg der Liquidation zu wählen.

Im § 142 H.G.B. ist nichts über den Zeitpunkt der Fälligkeit des Auseinandersetzungsguthabens gesagt. Staub-Pinner[2]) ist der

1) Staub-Pinner § 140 Anm. 9; Düringer-Hachenburg § 140 Anm. 10.
2) Staub-Pinner Anh. zu § 141 Anm. 9; ebenso Staudinger § 738 II Anm. 4.

Ansicht, daß, da das Gesetz über den Zeitpunkt der Auszahlung nichts bestimme, § 271 B.G.B. entscheidend sei. Danach müsse geprüft werden, ob sich aus den Umständen nicht eine Zeit für die Leistung ergebe. Hierbei käme in Betracht, daß die Gesellschaft, die doch fortbestehen solle, durch die Auskehrung in ihrem Bestande nicht gefährdet werden dürfe. Das Gericht werde also in der Lage sein, angemessene Fristen zu bestimmen. Auch Düringer-Hachenburg [1]) erklären infolge des Fehlens der näheren Regelung in § 142 H.G.B. § 271 B.G.B. für anwendbar, ziehen aber die umgekehrte Schlußfolgerung. Gemäß § 271 B.G.B. sei die Auszahlung „sofort" nach der Abrechnung fällig.[2]) Treu und Glauben verböten aber, das „sofort" allzu wörtlich zu nehmen. Die meisten Schriftsteller [3]), insbesondere auch soweit sie § 738 B.G.B. behandeln — hier entsteht theoretisch die gleiche Frage wie in den Fällen der §§ 140, 142 H.G.B. — nehmen zu der Frage keine Stellung. Das hat seinen Grund darin, daß der Entscheidung der Frage große praktische Bedeutung nur in den Fällen des § 142 H.G.B. zukommt. In den Fällen der §§ 140 H.G.B., 738 B.G.B. sind die zur Auszahlung gelangenden Beträge verhältnismäßig geringer, sodaß wohl stets sofortige Auszahlung zu erfolgen hat. Die Rechtsprechung hat, soweit ersichtlich, in dieser Frage noch nicht entschieden.

Die von Staub-Pinner und Düringer-Hachenburg angezogene Vorschrift des § 271 B.G.B. besagt, daß, falls eine Zeit für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen ist, der Gläubiger die Leistung sofort verlangen kann. Diese Bestimmung läßt sich für den hier zur Entscheidung stehenden Fall nicht anwenden. § 271 B.G.B. kann nur zur Auslegung eines Vertrages, nicht zur Auslegung eines Gesetzes herangezogen werden. Hier beruht aber die Verpflichtung des Schuldners zur Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift, auf § 142 H.G.B.

Insbesondere läßt sich auch die Zulässigkeit der Gewährung von Ratenzahlungen nicht damit begründen, Treu und Glauben verlangten diese. Düringer-Hachenburg scheinen einen abweichenden Standpunkt einzunehmen. Es entscheidet nur das Gesetz. Ergibt sich aus dem Inhalt des Gesetzes selbst, daß Ratenzahlungen nicht zugelassen werden — diesen Standpunkt vertreten Düringer-Hachenburg — so darf der Richter sie nicht zulassen, auch wenn er der Ansicht ist, es würde im Einzelfalle der Billigkeit entsprechen.

Es ist vielmehr gemäß dem Grundgedanken und dem Zweck des § 142 H.G.B., wie wir sie in der Einleitung gekennzeichnet haben, zu bestimmen, ob Ratenzahlungen zugebilligt werden können.

Es ist zunächst zu beachten, daß eine sofortige Auszahlung in dem Sinne, daß der Ausgeschiedene zur Zeit des Ausscheidens seine Abfindungssumme erhält, schon deshalb nicht Platz greifen kann, weil die Höhe der Abfindungssumme erst nach dem Aus-

1) Düringer-Hachenburg § 142 Anm. 7.
2) Ebenso Brand § 142 VI A b, ohne nähere Begründung.
3) Z. B. Lehmann-Ring, Wieland, Staudinger, Müller-Erzbach.

scheiden des Gesellschafters festgestellt werden kann. Zwar ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Klageerhebung der Auseinandersetzung zugrunde zu legen. Die Höhe des Auseinandersetzungsguthabens wird aber u. a. dadurch beeinflußt, daß dem Ausgeschiedenen ein Entgelt zu zahlen ist, auch sind die Gesellschafter erst nach Rechtskraft des Urteils verpflichtet, die Auseinandersetzungsbilanz aufzustellen, da sich diese Verpflichtung erst auf das ergangene Urteil gründet.

Die Bestimmung des § 142 H.G.B. ist, wie Staub-Pinner[1]) mit Recht sagt, getroffen worden, um die Gesellschaft in ihrem Bestande als lebendes Unternehmen zu erhalten, um zu verhüten, daß die wertvernichtende Liquidation durchgeführt wird. Nur mit Rücksicht hierauf wurde die Bestimmung eingefügt. Im vorliegenden Falle würde häufig, wenn nicht in der Mehrzahl der Fälle, durch die sofortige Auszahlung eines so erheblichen Kapitals, wie es in den Fällen des § 142 H.G.B. meist erforderlich ist, der Bestand des Unternehmens in hohem Maße gefährdet. Das widerspricht dem Sinne des § 142. Durch die Auszahlung eines so erheblichen Kapitals würde zumindest das Geschäft so gedrosselt, daß eine Teilliquidation unvermeidlich sein würde. Eine derartige Folge würde übrigens auch nicht im Interesse des Ausgeschiedenen liegen, da auf diese Weise der Ausgeschiedene ebenso wie der Kläger teilweise auf die Liquidationsquote gesetzt würde.

Für die Zulassung der Gewährung von Ratenzahlungen spricht auch noch folgender Umstand. Die Liquidation eines Unternehmens erfordert regelmäßig mehrere Jahre. Der Erlös kann daher im Falle der Liquidation an die Gesellschafter regelmäßig auch nur in Raten ausgezahlt werden. Wenn Grundstücke oder Gebäude in der Liquidationsmasse liegen, so würde, wenn der Geldbedarf nicht allzu groß ist und daher ein anderes geboten ist, zur Erzielung eines angemessenen Erlöses häufig jahrelang gezögert werden müssen. Es ist bekannt, daß, insbesondere wenn Fabrikanlagen sich in der Masse befinden, die Ausschüttungen der Quoten oft erst nach Jahren erfolgen, da gerade bei derartigen Objekten ein sofortiger Verkauf oft nur die Hälfte des wahren Wertes oder weniger bringt. Auch bei der Uebernahme von Fabrikunternehmen in Bausch und Bogen — darum handelt es sich auch im Falle des § 142 H.G.B. — müssen meist jahrelange Ratenzahlungen bewilligt werden und werden gern bewilligt mit Rücksicht auf die in diesem Falle gegenüber der Versilberung im einzelnen erzielbaren weit höheren Preise. Im Falle der Liquidation würde der frühere Teilhaber also auch regelmäßig nur ratenweise zu seinem Gelde kommen. Daß er im Falle der Uebernahme besser stehen soll, ist nicht anzunehmen, zumal § 142 H.G.B. in erster Linie eingeführt ist, um dem vertragstreuen Teil die Uebernahme zu ermöglichen.

Dieser Entscheidung könnte entgegengehalten werden, der Uebernehmende hätte sich schon bei Vertragsschließung bezüglich der Zeit

---

1) Staub-Pinner Anh. zu § 141 Anm. 9.

der Auszahlung sichern müssen. Dieser Einwand ist nicht gerechtfertigt. Es kann nicht von den Parteien verlangt werden, daß sie derartige Ausnahmen schon bei Vertragsschließung berücksichtigen. Es ist vielmehr grundsätzlich davon auszugehen, daß das Gesetz selbst die notwendigen Folgerungen aus einer Gesetzesbestimmung normiert; das ist hier, wenn auch nicht ausdrücklich, geschehen.

Diese Entscheidung könnte ferner Bedenken auslösen mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz dem Ausscheidenden keinerlei Sicherheiten bezüglich der Auseinandersetzungsforderung gegeben hat.[1]) Es könnte daraus die Absicht des Gesetzgebers geschlossen werden, daß sofortige Auszahlung erfolgen müsse. Jedoch mit Unrecht. Das ergibt sich zunächst daraus, daß der Gesetzgeber dem gemäß § 142 H.G.B. ausgeschiedenen Gesellschafter bis zur Festsetzung des Auseinandersetzungsguthabens unstreitig keinerlei Sicherungsrecht eingeräumt hat.[2]) Auch hier muß der Ausgeschiedene mindestens bezüglich eines Teils regelmäßig sehr lange auf die Auszahlung seines Auseinandersetzungsguthabens warten, da, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht für diesen Fall bezüglich der Abfindung nähere Bestimmungen trifft, regelmäßig ein meist recht langwieriger Prozeß bezüglich des Auseinandersetzungsguthabens geführt wird. Der Ausgeschiedene wird zwar gezwungen, ohne Sicherheit und ohne das Recht der Bilanzeinsicht — auch dieses Recht steht dem Ausgeschiedenen nicht zu — [3]) einen erheblichen Betrag in dem jetzt fremden Unternehmen arbeiten zu lassen. Das ist jedoch nicht zu umgehen, will man nicht das in § 142 H.G.B. festgelegte Recht des vertragstreuen Teils auf Uebernahme des Unternehmens unbillig einschränken.

Es muß hiernach als ausreichend erachtet werden, wenn der Richter unter Berücksichtigung der ganzen Umstände, insbesondere auch unter Berücksichtigung des sonstigen Vermögens des Uebernehmenden die Ratenzahlungen derart festsetzt, daß eine Schädigung des Ausgeschiedenen nicht zu erwarten ist.

Es ist davon auszugehen, daß das Gesetz in § 142 H.G.B. grundsätzlich Barzahlung im Auge hatte. Das geht schon daraus hervor, daß es die Frage in § 142 selbst nicht geregelt hat, vielmehr auf § 738 B.G.B. verweist. In den Fällen des § 738 B.G.B. ist, wie bereits gesagt, die sofortige Auszahlung mit Rücksicht auf die in diesen Fällen relativ geringeren für die Auseinandersetzung benötigten Mittel die Regel.

Der in dieser Hinsicht bestehenden besonderen Verhältnisse im Falle des § 142 H.G.B. ist sich der Gesetzgeber offenbar nicht bewußt geworden, umsomehr als erst die besonderen Verhältnisse der Jetztzeit dem Uebernehmenden meist die Barzahlung unmöglich machen. Das hindert aber nicht die Zulassung der Ratenzahlungen. Mit Recht sagt Schreuer [4]): „Als oberster, oft übersehener Grundsatz für die Auslegung ist festzuhalten, daß nicht bloß ein Gesetz aus-

1) Staub-Pinner Anhang zu § 141 Anm. 9.
2) Staub-Pinner Anhang zu § 141 Anm. 10.
3) Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 14 Abs. 7.
4) Schreuer S. 31.

zulegen, sondern daß das Recht zu finden ist. Das Gesetz greift nur konservierend, präzisierend, allenfalls korrigierend ein Stück, einen Punkt aus dem lebendigen Recht heraus."

Der Zeitpunkt der Auszahlung ist von dem Richter den Umständen des Einzelfalles entsprechend zu bestimmen. Hat der Uebernehmende ein größeres flüssiges Vermögen, das eine sofortige Auszahlung des Ausgeschiedenen gestattet, so hat die sofortige Auszahlung zu erfolgen. Auf der andern Seite kann selbstverständlich der Uebernehmende nicht Raten bis in alle Zukunft verlangen, da der ausgeschiedene Gesellschafter Anspruch auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens hat. Der Uebernehmende soll auch nach dem Sinn des § 142 das Recht der Uebernahme nur haben, wenn er wirtschaftlich in der Lage ist, das Geschäft, eventuell mit einem anderen Teilhaber in kürzester Zeit selbständig zu übernehmen. Für die Zeit der Auszahlung ist insbesondere zu berücksichtigen, daß das Guthaben des früheren Gesellschafters nicht gesichert ist, und auch mangels einer gesetzlichen Vorschrift kann der Richter Sicherungen nicht bestimmen, ferner, daß der frühere Gesellschafter gerade als Kaufmann das Auseinandersetzungsguthaben, auf dessen Grundlage er bisher gearbeitet hat, auch für seine neue Existenz benötigt. Es ist stets zu verlangen, daß der Uebernehmer einen größeren Teil des Auseinandersetzungsbetrages sofort nach der Uebernahme zahlt.

### 4. Die Zulässigkeit der Konkurrenz des Ausgeschiedenen.

Eine außerordentlich bedeutsame Frage ist es, ob der ausscheidende Gesellschafter behindert ist, Konkurrenz zu treiben und gegebenenfalls in welchem Umfange. Es liegt auf der Hand, daß dieses Problem gerade bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters einer zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft von großer Bedeutung ist, weit größer, als wenn es sich um den Ausschluß bei einer mehrgliedrigen offenen Handelsgesellschaft handelt. Bei der zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft teilen sich beide Gesellschafter regelmäßig in die Leitung des Unternehmens, beispielsweise derart, daß der eine die gesamte kaufmännische, der andere die gesamte technische Leitung des Unternehmens hat. Ist der Ausscheidende der Kaufmann des Unternehmens, so verbinden ihn besonders enge Beziehungen mit den Kunden des Unternehmens. Die Verhältnisse sind selbstverständlich sehr verschieden, je nach der Art des Betriebes. Befindet sich das Unternehmen beispielsweise in einem Syndikat mit bestimmten Beteiligungsquoten, so ist die Gefahr der Konkurrenz des früheren Teilhabers verhältnismäßig gering. Regelmäßig würde jedoch seine Konkurrenz sehr gefährlich sein. Es zeigt sich somit, daß es von der Entscheidung der aufgeworfenen Frage häufig abhängig sein wird, ob der vertragstreue Teil von dem Rechtsbehelfe des § 142 H.G.B. Gebrauch machen kann, oder ob er, wenn die Konkurrenz des früheren Teilhabers gesetzlich unbeschränkt ist, machtlos den Uebergriffen des

anderen Teils ausgesetzt bleibt oder den Weg der Liquidation wählen muß. Die Entscheidung der vorliegenden Frage ist auch von Bedeutung für die Frage, ob im gegebenen Falle die geltend gemachten Klagetatsachen ausreichen oder nicht. Wird die Konkurrenzbeschränkung oder das Konkurrenzverbot bejaht, so wird der Richter weniger leicht geneigt sein, einen Klagegrund als „wichtigen Grund" im Sinne von § 133 H.G.B. anzusehen, als wenn der Ausgeschiedene in der Konkurrenz unbeschränkt ist.[1])

Ein stillschweigendes Konkurrenzverbot auch ohne ausdrückliche Vereinbarung muß, wie allgemein, bei jeder vertraglichen Uebernahme eines Unternehmens nach Treu und Glauben je nach den Umständen angenommen werden. Bei dem Verkauf eines Unternehmens wird regelmäßig stillschweigend davon ausgegangen, daß der Veräußerer nicht seine besondere Kenntnis des Unternehmens und der Kundschaft zum Schaden des Käufers ausnutzt, insbesondere die Kundschaft abspenstig macht.[2]) Es kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß auch, wenn der Vertrag schweigt, eine derartige Konkurrenz ausgeschlossen ist, da bei der Uebernahme eines Unternehmens für den Käufer gerade die Zahl der Kunden eine besonders bedeutsame Rolle spielt.[3]) Wenn der Uebergang auch der Kundschaft gewollt ist, so kann der Veräußerer nicht gleichzeitig berechtigt sein, dem andern Teil die Kundschaft wegzunehmen. Auch würde das einen ungesunden wirtschaftlichen Zustand zur Folge haben. Daß dieses stillschweigende Konkurrenzverbot in größerem oder geringerem Umfange bei allen vertraglichen Uebernahmen gilt, ist einhellige Ansicht.[4])

Gelten diese Rechtsgrundsätze im gleichen Umfange auch für die Ausschließung eines Gesellschafters oder haben sie hier in einem höheren oder geringerem Maße Geltung?

In der Literatur hat sich keine herrschende Meinung herausgebildet. Pisko[5]) lehnt die Beschränkung der Konkurrenzfreiheit des Ausgeschiedenen in vollem Umfange ab. Auch Pisko ist der Ansicht, daß bei vertraglichem Uebergang eines Unternehmens regelmäßig ein Konkurrenzverbot stillschweigend als ausbedungen anzusehen ist. Bei einem auf Gesetz beruhenden Uebergang des Unternehmens, wie im Falle des § 142 H.G.B., leugnet er jedoch eine Konkurrenzbeschränkung des Ausgeschiedenen. Zur Begründung führt Pisko aus, der nach Treu und Glauben auszulegende Vertragswille, nicht der Wechsel der Inhaberschaft als solcher, könne der Rechtsgrund sein für ein stillschweigendes Konkurrenzverbot.

Ihm stehen Düringer-Hachenburg[6]) entgegen. Sie sind der Ansicht, daß der gemäß § 142 H.G.B. Ausscheidende nicht berechtigt ist, den im Geschäft bleibenden Gesellschafter an der Ausnutzung

1) Düringer-Hachenburg § 140 Anm. 3, Anm. 9.
2) RG. 70, 231.
3) RG. in LZ. 1917, 799.
4) Pisko S. 224; Staub-Pinner § 22 Anm. 33; Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 13; Baum S. 196; Domke S. 46; Isay: Das Recht am Unternehmen S. 150; Markus im Recht 1910, RG. 70, 231.
5) Pisko in Ehrenbergs Handbuch II S. 224.
6) Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 13.

der dem Geschäft innewohnenden besonderen Chancen des Unternehmens zu hindern. Im besonderen sind sie der Ansicht, daß die Grundsätze, die für das stillschweigende Konkurrenzverbot in der Rechtsprechung und der Literatur für die Fälle des vertraglichen Ausscheidens aus dem Geschäft und der vertraglichen Uebernahme eines Unternehmens ausgebildet sind, in gleichem Umfange zu gelten haben für die Ausschließung eines Gesellschafters.

Die Mehrzahl der Schriftsteller äußert sich zu dem Problem nicht.[1]) Auch die Rechtsprechung hat hierzu, soweit ersichtlich, noch keine Stellung genommen.

Der ausgeschlossene Gesellschafter unterliegt grundsätzlich dem Konkurrenzverbot in dem oben gekennzeichneten Umfange in dem gleichem Maße wie im Falle der Veräußerung des Geschäfts. Zwar kann, da in unserem Falle das Gesetz die Grundlage für die Uebernahme des Unternehmens bietet, nicht von einem stillschweigenden Vertragswillen ausgegangen werden. Es ist vielmehr zu prüfen, was dem Sinn des Gesetzes entspricht. Zweck der Aufnahme der Vorschrift war, das Unternehmen als lebendes Unternehmen zu erhalten. Zu den wichtigsten Teilen des lebenden Unternehmens gehören die Kundschaft, die Fabrikgeheimnisse und dergleichen. Die Kundschaft insbesondere ist ein wesentlicher Teil des lebenden Geschäfts des Unternehmens. Wenn es dem früheren Teilhaber gestattet sein sollte, die Kundschaft unter Ausnutzung der Tatsache seiner früheren Inhaberschaft zu sich herüber zu ziehen, so würde er einen Teil des Unternehmens auf seine Seite bringen. Das ist, da § 142 H.G.B. dem Uebernehmenden gerade das lebende Unternehmen in all seinen Beziehungen und Auswirkungen überantworten wollte, mit dieser Vorschrift unvereinbar.

Hieraus ergibt sich, daß auch bei der Uebernahme des Unternehmens gemäß § 142 der Ausscheidende entgegen der von Pisko[2]) vertretenen Ansicht einer Konkurrenzbeschränkung unterliegt. Die Zulassung der Konkurrenzbeschränkung beruht im Wesentlichen auf gleichen Erwägungen, wie diejenigen es sind, die zur Zulassung der Konkurrenzbeschränkung im Falle der vertraglichen Uebernahme eines Unternehmens geführt haben. In beiden Fällen ist maßgebend, daß das Geschäft als solches übergehen soll mit seinem wesentlichen Bestandteil, der Kundschaft, und daß der Ausscheidende diesen Uebergang nicht nachträglich vereiteln darf. Hieraus folgt, daß die Grundsätze, die bezüglich der stillschweigend ausbedungenen Konkurrenzbeschränkung bei vertraglichen Uebernahmen ausgebildet worden sind, im wesentlichen in gleicher Weise Geltung haben, wenn die Uebernahme auf dem Gesetz — § 142 H.G.B. — beruht. Im Ganzen ist daher die Rechtsprechung, die das stillschweigende Wettbewerbsverbot bei Geschäftsveräußerungen betrifft, grundsätzlich auch für den Fall des § 142 H.G.B. zu verwerten. Nur ist zu berücksichtigen, daß die besonderen Vertragsverhältnisse, insbesondere die Berücksichtigung des idealen Werts des Geschäfts

1) Auch Staub-Pinner nicht.
2) Pisko in Ehrenbergs Handbuch II S. 224.

bei Veräußerungsverträgen, ferner besondere Vertragsbestimmungen häufig den Umfang des Wettbewerbsverbots stark beeinflussen, Gesichtspunkte, die bei dem Uebergang des Unternehmens gemäß § 142 H.G.B. wegfallen. Die Wertbemessung insbesondere hat sich im Falle des § 142 H.G.B. zu richten nach dem feststehenden Inhalt der auf gesetzlicher Grundlage beruhenden Wettbewerbsbeschränkung, während bei Verträgen umgekehrt aus der Höhe der Entschädigung für den idealen Wert der Firma auf den Umfang des Wettbewerbsverbots geschlossen werden muß.[1])

Der Umfang der Konkurrenzbeschränkung, welcher der Ausgeschiedene unterliegt, richtet sich ganz nach den Umständen des Einzelfalles und ist gemäß §§ 157, 242 B.G.B. festzustellen. Er darf insbesondere dem Uebernehmenden die Kundschaft nicht abspenstig machen.[2])

In einem von dem Oberlandesgericht Kolmar [3]) entschiedenen Falle war der Veräußerer eines Speditionsgeschäftes an 40 ehemalige Kunden herangetreten und hatte sich Bahnvollmacht geben lassen. Das ist mit Recht als ein Verstoß gegen das als stillschweigend vereinbarte Konkurrenzverbot angesehen worden, da der Veräußerer unter Ausnutzung seiner alten Beziehungen in die Kundschaft des veräußerten Geschäfts eingriff.

Von Interesse ist auch noch folgender Fall: Der Veräußerer einer Einzelhandelsfirma, der nach dem Verkauf des Eisenhandelsgeschäfts ein Holzgeschäft betrieb, hatte einem früheren Kunden Eisenwaren, die er für den Kunden anderwärts bezogen hatte, zu Engrospreisen an diesen weiterverkauft. Das Oberlandesgericht Kiel [4]) hat hierin mit Recht einen Verstoß gegen den Veräußerungsvertrag erblickt. Im einzelnen führt das Gericht aus, nach Treu und Glauben sei der Veräußerer verpflichtet gewesen, jeden Geschäftsbetrieb zu unterlassen, der die Uebertragung der Kundschaft zum Nachteil des Käufers beeinträchtigen könnte. Eines ausdrücklichen Konkurrenzverbotes habe es nach § 157 B.G.B. nicht bedurft. Im Falle der Verallgemeinerung eines solchen von dem Veräußerer geübten Verfahrens wäre eine erhebliche Schädigung des Klägers zu befürchten, denn ihm würden dadurch zahlreiche Käufer entzogen.

Dem früheren Teilhaber kann auch nicht gestattet sein, im Falle der Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes die Ankündigung der Geschäftseröffnung an die alten Kunden zu senden,[5]) er darf auch nicht seine früheren Angestellten veranlassen, ihre Stellung bei dem jetzigen Inhaber zu kündigen, um in sein eigenes neues Geschäft einzutreten.[6])

Der Ausgeschiedene ist selbstverständlich nicht vollständig verhindert, Konkurrenz zu treiben, ebensowenig wie ihn daran die Veräußerung des Unternehmens hindern würde. Das würde der Kon-

1) Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 13.
2) RG. 70, 232; RG. in LZ. 1917, 799; RG. in DJZ. 1908 S. 425.
3) Rspr. der OLG. 20, 143.
4) Rspr. der OLG. 12, 51.
5) Abweichend Rspr. der OLG. 20, 143.
6) Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 13; Isay, Das Recht am Unternehmen, S. 150.

kurrenz eines Dritten entsprechen, die sich jeder Betrieb gefallen lassen muß. Zwar ist die Konkurrenz seitens des früheren Inhabers unter Umständen stärker als die dritter Personen, denn es werden stets eine Reihe von Kunden, besonders wenn der Name des Ausscheidenden in der Firma enthalten war, ihre Lieferungen bei dem früheren Teilhaber beziehen. Andererseits aber ist der Ausgeschiedene in der Konkurrenz Dritten unterlegen, denn, wie wir gesehen haben, kann der Ausgeschiedene eine längere Zeit, solange die näheren Beziehungen zwischen dem früheren Geschäftsinhaber und der Kundschaft bestehen zu bleiben pflegen [1]), nicht von sich aus mit seiner alten Kundschaft in Verbindung treten, was Dritten nicht verwehrt ist.

**5. Der Ersatz des dem Uebernehmenden entstandenen Schadens.**

Daß der Ausscheidende für den unmittelbaren Schaden, der durch sein schuldhaftes Verhalten, etwa durch Betrug, dem vertragstreuen Teil zugefügt wird, aufkommen muß, ist selbstverständlich. Fraglich könnte sein, ob der Ausscheidende auch Ersatz zu leisten hätte für den weiteren Schaden, der dem Uebernehmenden dadurch entsteht, daß das Vertragsverhältnis infolge des schuldhaften Verhaltens des anderen Teils vorzeitig gelöst worden ist. Wir haben oben ausgeführt, daß dadurch häufig, namentlich, wenn der frühere Mitgesellschafter eine tüchtige Arbeitskraft war, Schädigungen des Unternehmens und damit des Uebernehmenden unausbleiblich sind. Der Ausgeschiedene wird zwar, wie wir gleichfalls oben zu zeigen versucht haben, nur nach dem Wert abgefunden, den das Unternehmen nach Ausscheiden des einen Gesellschafters hat. Der Schaden, der durch die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses entstanden ist, trifft also nicht nur den Uebernehmenden, sondern gleichermaßen den Ausgeschiedenen. Hat aber der Uebernehmende Anspruch auf Ersatz des i h m durch die Auflösung entstehenden Schadens, d. h. ist der ganze durch das Ausscheiden des einen Gesellschafters dem Unternehmen zugefügte Schade von dem Ausgeschiedenen zu tragen? Dieses ist in Uebereinstimmung mit der Literatur und der Rechtsprechung [2]) zu bejahen und zwar immer, soweit das Ausscheiden wegen Verschulden des einen Gesellschafters — das ist die Regel — erfolgt.

Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft haben das Recht darauf, daß ihre Mitgesellschafter dem Gesellschaftsvertrag entsprechend ihre Arbeitskraft dem Unternehmen zur Verfügung stellen, ebenso wie ein Angestellter des Unternehmens für die Dauer seines Vertrages. Will ein Gesellschafter sich dieser Bindung entziehen, dann steht ihm der Weg der Verhandlung zwecks Durchsetzung des Austritts zu Gebote. Erzwingt er die Lösung des Vertragsverhältnisses dadurch, daß er durch sein Verhalten die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses unmöglich macht, so ist er

1) Isay, Das Recht am Unternehmen, S. 151.
2) ROHG. 17, 367; Düringer-Hachenburg § 140 Anm. 10 a. E.; Staub-Pinner § 140 Anm. 8.

zum Ersatz des dem Uebernehmenden entstandenen Schadens verpflichtet. Der Schaden ist zwar unmittelbar entstanden durch das von dem vertragstreuen Gesellschafter verlangte Ausscheiden des anderen Gesellschafters. Mittelbar beruht der Schaden jedoch auf dem schuldhaften Verhalten des Beklagten, das den Kläger bestimmt hat, das Ausscheiden des Mitgesellschafters durchzusetzen [1]). Damit ist der ursächliche Zusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten des Ausscheidenden und dem eingetretenen Schaden gegeben, sodaß der Uebernehmende gemäß § 276 B.G.B. Ersatz dieses Schadens beanspruchen kann.

Der Uebernehmende kann auf diese Weise auch den Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entsteht, daß der Ausscheidende die Fortführung der Firma, in der sein Name enthalten war, nicht gestattet. Wir haben oben gezeigt, daß, falls der Name des ausgeschiedenen Gesellschafters in der Firma der offenen Handelsgesellschaft enthalten ist, die Firma in unveränderter Form nur mit Zustimmung des anderen Teils geführt werden kann. Selbstverständlich kann der Uebernehmende diesen Schaden nur insoweit ersetzt verlangen, als er auf die vorzeitige Lösung des Vertragsverhältnisses zurückzuführen ist, d. h. nur für die Dauer des vereinbarten Vertragsverhältnisses. Nach Ablauf des Vertrages würde der andere Teil gemäß § 24 Abs. 2 H.G.B. ohne weiteres das Recht haben, die Weiterführung seines Namens in der Firma zu untersagen.

Das Urteil verpflichtet nicht schon an sich den früheren Teilhaber zum Ersatz des Schadens. Es ist vielmehr ein selbständiger Anspruch des vertragstreuen Gesellschafters. Dieser Anspruch kann in einer besonderen Klage verfolgt werden, wird jedoch zweckmäßig gemeinsam mit der Uebernahmeklage erhoben. Diese Verbindung empfiehlt sich, um das Verfahren zu beschleunigen und um eine Neuaufrollung des gesamten Streitstoffs und widersprechende Entscheidungen zu verhüten.

Der Schaden ist gemäß § 287 Z.P.O. im Wege der Schätzung festzustellen. Der Uebernehmende kann mit seiner Schadenersatzforderung gegen den Anspruch des Ausgeschiedenen auf Auszahlung seines Auseinandersetzungsguthabens aufrechnen.

In der Praxis wird in Gesellschaftsverträgen häufig bestimmt, daß im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters dieser mit seinem Kapitalkonto abzufinden ist.[2]) In diesem Falle nimmt der ausgeschiedene Gesellschafter nicht teil an den gebildeten stillen Reserven und an dem Firmenwert.[3]) Ist diese Regelung getroffen, so wird der Uebernehmende in der Regel der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches überhoben, da der dem Uebernehmer zugefügte Schaden seinen Ausgleich in der verhältnismäßig günstigen Uebernahme des Unternehmens findet.

Im Ganzen ist festzustellen, daß der vertragstreue Teil durch den Rechtsbehelf des § 142 H.G.B. oder durch § 276 B.G.B. in die

---

1) RG. 89, 398; vergl. auch die Entsch. in Bd. 64, S. 381.
2) Düringer-Hachenburg § 138 Anm. 14.
3) Siehe oben Seite 30/31.

Lage versetzt ist, das Vertragsverhältnis zur vorzeitigen Auflösung zu bringen, ohne einen Schaden davonzutragen.

### 6. Das Verhältnis der Auflösungs- zur Uebernahmeklage.

Es mag in diesem Zusammenhang noch auf eine wichtige prozessuale Frage eingegangen werden. Kann der Richter, wenn er die Voraussetzungen für die einfache Auflösung, nicht dagegen die einer Uebernahmeklage für gegeben ansieht, auf die Uebernahmeklage hin auf die Auflösung (§ 133 H.G.B.) erkennen? Für den Kläger wird sich im Laufe des Rechtsstreits häufig die Notwendigkeit ergeben, zu versuchen, statt der Uebernahme des Unternehmens die Auflösung durchzusetzen. Der Kläger ist beispielsweise bei der Klageerhebung nicht in der Lage, das im Falle der Uebernahme erforderliche große Kapital bereitzustellen, ohne auf der andern Seite mit der Klage so lange warten zu können, bis er das Kapital zur Verfügung oder er einen neuen Teilhaber gefunden hat, da ihm das Warten als Verzicht auf die Geltendmachung der Klage ausgelegt werden könnte. Kann er in diesen oder ähnlichen Fällen beantragen, daß anstelle der zunächst beantragten Uebernahme die Liquidation des Unternehmens ausgesprochen wird?

Der Richter würde auf eine Uebernahmeklage hin auf eine Auflösung nur dann erkennen können, wenn die einfache Auflösung sich gegenüber der Uebernahmeklage als das Geringere darstellt (§ 308 Z.P.O.). Auch der Kläger würde nur unter dieser Voraussetzung gemäß §§ 264, 268 Ziff. 2 Z.P.O. ohne Einwilligung des Gegners von der Uebernahmeklage auf die Auflösungsklage übergehen können, da nur unter dieser Voraussetzung in dem Uebergang von der Ausschließungs- auf die Auflösungsklage eine gemäß § 268 Ziff. 2 Z.P.O. zulässige Beschränkung des Klageantrages liegen würde.

Lehmann-Ring [1]) bejahen die Zulässigkeit des Uebergangs von der Uebernahme zur Auflösungsklage. Sie führen im einzelnen aus, die Klage aus § 142 H.G.B. sei eine Auflösungsklage und daher grundsätzlich mit der aus § 133 H.G.B. identisch. Folglich wäre der der Klage aus § 133 H.G.B. wegen eines in der Person des Beklagten liegenden Grundes nachträglich hinzugefügte Antrag, den Kläger für berechtigt zu erklären, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, nur eine zulässige Erweiterung des Klageantrages im Sinne von § 268 Z.P.O. Folglich sei in einer so erweiterten Klage stets eine Klage auf Auflösung enthalten und der Richter könne möglicherweise nur dem Antrag auf Auflösung, dagegen nicht dem auf Uebernahme des Geschäfts stattgeben.

Die weitaus herrschende Ansicht sieht dagegen die Auflösungsklage gegenüber der Uebernahmeklage als etwas wesensverschiedenes an, nicht als etwas gewissermaßen quantitativ geringeres.[2]) Sie hält

---

1) Lehmann-Ring § 142 Anm. 2.
2) RG. 24, 140; Staub-Pinner §140 Anm. 1; Düringer-Hachenburg § 142 Anm. 3 b.

daher den Uebergang von der Uebernahmeklage auf die Auflösungsklage für unzulässig.

Die Gründe, die einen Gesellschafter zu einer Auflösungs- oder zu einer Uebernahmeklage berechtigen, sind gemäß §§ 133, 140, 142 H.G.B. grundsätzlich die gleichen. Es besteht nur der Unterschied, daß gemäß § 142 H.G.B. der zur Klage auf Uebernahme des Unternehmens berechtigende wichtige Grund in der Person des anderen Gesellschafters liegen muß, während gemäß § 133 jeder wichtige Grund die Erhebung einer entsprechenden Klage rechtfertigt. Dieses könnte zu der von Lehmann-Ring vertretenen Ansicht führen, daß mit Rücksicht auf die in § 142 H.G.B. aufgestellte Beschränkung der die Erhebung einer derartigen Klage rechtfertigenden Gründe auf die in der Person des anderen Gesellschafters liegenden die einfache Auflösung gemäß § 142 H.G.B. das Geringere darstellt. Indessen besteht eine weitgehende innere Verschiedenheit beider Klagen, sowohl in den Voraussetzungen wie in den Wirkungen.

Was zunächst die Voraussetzungen anlangt, so kann nicht schlechthin gesagt werden, daß die Gründe, die die Erhebung der Uebernahmeklage gemäß § 142 H.G.B. rechtfertigen würden, schwerer wiegende sein müßten, als sie erforderlich sind zur Anstrengung der Aufhebungsklage gemäß § 133 H.G.B. Voraussetzung für beide Klagen ist ein „wichtiger Grund" im Sinne von § 133 H.G.B. Die Frage, ob ein hiernach ausreichender Klagegrund gegeben ist, muß stets aus der Gesamtlage heraus beantwortet werden, und es ist dabei auch immer die Lage des beklagten Gesellschafters zu berücksichtigen. Der gemäß § 142 H.G.B. Ausscheidende erhält, wie wir oben gesehen haben, seinen Anteil am Wert des lebenden Unternehmens. Die Auflösungsklage gemäß § 133 H.G.B., führt im Gegensatz dazu zur Liquidation des Unternehmens und damit zur Vernichtung des dem Unternehmen als solchen innewohnenden Wertes. Die Folgen der Uebernahmeklage sind also in dieser Hinsicht für den Ausscheidenden günstiger als die der Auflösungsklage. Mit Rücksicht hierauf kann, wenn die Uebernahme verlangt wird, insoweit eher ein Grund als „wichtig" im Sinne von § 133 H.G.B. angesehen werden, als wenn die Auflösung begehrt wird.[1]) Die Voraussetzungen der Auflösungsklage sind also insofern strenger als die der Uebernahmeklage.

Auf der andern Seite wiederum ist die Uebernahmeklage gegenüber der Liquidation des Unternehmens für den Beklagten insofern nachteiliger, als zweifellos in dem gerichtlich erzwungenen Ausscheiden, von dem Ausnahmefall unverschuldeten Ausscheidens abgesehen, eine gewisse Aechtung des Ausgeschiedenen liegt[2]), und aus diesem Grunde der Beklagte lieber die Liquidation als die Uebernahme des Unternehmens durch die Mitgesellschafter sehen möchte.

Hieraus ergibt sich, daß die Voraussetzungen beider Klagen wesensverschieden sind und schon aus diesem Grunde die Liquida-

---

1) Düringer-Hachenburg § 140 Anm. 3; vgl. Alexander-Katz S. 70, 83; a. A.; RG. 24, 138; RG. im Recht 1917 Nr. 461.

2) RG. bei Holdheim 26, 151; Staub-Pinner § 140 Anm. 3.

tion gegenüber dem Ausscheiden keinesfalls als das Geringere betrachtet werden kann.

Auch die wirtschaftlichen Folgen sind, wie wir gezeigt haben, nicht nur für den vertragsuntreuen Teil, sondern auch für den vertragstreuen Teil im Falle der Auflösung andere als im Falle der Uebernahme. Im Falle der Uebernahme des Unternehmens durch den Kläger bleibt der dem Geschäft als solchem innewohnende Wert erhalten, nicht dagegen im Falle der Auflösung. Wenn der vertragstreue Teil die Uebernahme erstrebt, so braucht er damit nicht auch mit der Auflösung des gemeinsam betriebenen Geschäfts einverstanden zu sein. Er kann häufig sehr wohl lieber die Gesellschaft fortsetzen, als das Ende des Geschäfts herbeiführen wollen.[1])

Da sonach die Auflösungsklage von der Uebernahmeklage wesensverschieden ist, so kann der Kläger nicht gemäß § 268 Ziff. 2 Z.P.O. ohne Einwilligung des Gegners von der einen Klage auf die andere übergehen. Insbesondere ist auch der Richter, wenn eine Uebernahmeklage erhoben ist, nicht befugt, auf Auflösung zu erkennen, sondern hat, auch wenn er einen Anspruch auf Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses als gegeben ansehen würde, die Klage abzuweisen. Der Kläger hat jedoch, wenn er das Vertragsverhältnis jedenfalls zur Lösung bringen will, die Möglichkeit, in erster Linie auf Uebernahme des Unternehmens, hilfsweise auf Auflösung zu klagen. Diesem Eventualantrag stehen keine Bedenken entgegen.[2])

1) RG. in JW. 1917, 292 Nr. 13.
2) Stein-Jonas § 260 II B; Staub-Pinner § 140 Anm. 1, 1a; Düringer-Hachenburg § 140 Anm. 7; Brand § 140 Anm. 20; vgl. RG. 77, 120.

# Lebenslauf.

Ich, Emil August Pels Leusden, wurde am 30. Dezember 1902 als Sohn des verstorbenen Justizrats Rechtsanwalt und Notar Karl Pels Leusden und seiner Ehefrau Elfriede geb. Quincke zu Lüdenscheid i. W. geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger, habe meinen Wohnsitz in Lüdenscheid und bin evangelischer Konfession. Ostern 1912 trat ich in die Sexta des Realgymnasiums in Lüdenscheid ein und bestand die Reifeprüfung Ostern 1921. Ich studierte alsdann Rechtswissenschaft, und zwar vier Semester — Sommersemester 1921 bis Wintersemester 1922/23 — auf der Universität Bonn, ein Semester — Sommersemester 1923 — auf der Universität München und drei Semester — Wintersemester 1923/24 bis zum Wintersemester 1924/25 — auf der Universität Münster i. W. Am 7. August 1925 bestand ich am Oberlandesgericht in Hamm i. W. die Referendarprüfung. Die Assessorprüfung bestand ich in Berlin am 25. Juli 1932. Meine mündliche Doktorprüfung bestand ich am 24. Juli 1934.

Seiner Magnifizenz Herrn Professor Dr. Naendrup und Herrn Professor Dr. His sage ich für die mir gewährte Unterstützung auch an dieser Stelle meinen ergebensten Dank.